Ausgleichsfragen bei mehrfacher Sicherung einer Forderung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
HANS ERICH HARTMAIER
aus Stuttgart

1963

7360

Ausgleichsfragen bei mehrfacher Sicherung einer Forderung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
HANS ERICH HARTMAIER
aus Stuttgart

1963

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Dekan: Prof. Dr. Gernhuber

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Raiser

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Esser

Tag der mündlichen Prüfung: 8. November 1962

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

Inhaltsübersicht

		Seite
Literaturverzeichnis	.....	VII
A. Das Problem	.....	1
I. Einleitung	.....	1
1. Kreditbedürfnisse	.....	1
2. Notwendigkeit und Möglichkeiten der Kreditsicherung	.....	1
3. Ausgleichsfragen bei mehrfacher Sicherung	.....	3
4. Gründe für die erneute Behandlung dieser Fragen	.....	5
II. Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Formen akzessorischer Mehrfachsicherung	.....	6
1. Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Hypothek	.....	6
2. Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht	.....	8
3. Mehrfachsicherung durch Mobiliarpfandrecht und Hypothek	.....	9
4. Unvereinbarkeit der für die verschiedenen Kombinationen aus dem Gesetzeswortlaut sich ergebenden Lösungen	.....	10
B. Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Sicherungen für dieselbe Forderung	.....	12
I. Die Mitbürgschaft	.....	12
1. Voraussetzungen	.....	12
a) Bei Verbürgung mehrerer für dieselbe Forderung stets Mitbürgschaft	.....	12
b) Mitbürgschaft nur bei mehrfacher Verbürgung für denselben Forderungsteil	.....	12
2. Rechtliche Ausgestaltung	.....	13
a) Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger	.....	13
b) Verhältnis der Mitbürgen zum Hauptschuldner	.....	13
c) Verhältnis der Mitbürgen untereinander	.....	14
3. Das Verhältnis des § 774 Abs. 2 zu § 769	.....	14
a) Die Ansicht von Kremer	.....	14
b) Die Ansicht von Evers	.....	15
c) Die Ansicht von Sternberg	.....	15
4. Stellungnahme zu diesen Ansichten	.....	16
a) Wortsinn und Systemzusammenhang des Gesetzes	.....	16
b) Die Entstehungsgeschichte als Auslegungskriterium	.....	17

Seite

c) Darstellung der Entstehungsgeschichte 17
d) Teleologische Auslegungskriterien 20
5. Durchführung der gefundenen Lösung 20
a) Der Ausgleichungsanspruch nach §§ 769, 426 Abs. 1 S. 1 20
b) Zahlungsunfähigkeit eines Mitbürgen, §§ 769, 426 Abs. 1 S. 2 25
c) Die cessio legis nach §§ 769, 426 Abs. 2 S. 1 26
d) Bedeutung der §§ 769, 426 Abs. 2 S. 2 32
e) Freigabe eines Mitbürgen. Rechtsgeschäftliche Abtretung der Gläubigerrechte an einen Mitbürgen 32
6. Die durch die übergegangenen Bürgschaftsrechte gesicherte Forderung 33
a) Neue Abhängigkeit vom Ausgleichungsanspruch 33
b) Bestehenbleiben der Abhängigkeit von der Hauptforderung 35
c) Das Verhältnis des Ausgleichungsanspruchs zur Hauptforderung 36
d) Ergebnis: Zweiseitige Akzessorietät der übergegangenen Bürgschaftsforderung 39

II. Die Gesamthypothek 40
1. Wesen und Voraussetzungen 40
2. Gesetzliche Ausgestaltung 41
a) Verhältnis der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke zum Gläubiger 41
b) Verhältnis der Eigentümer zum persönlichen Schuldner 42
c) Verhältnis der Eigentümer untereinander 42
3. Die Bedeutung des § 1173 43
a) Auslegung des § 1173 Abs. 1 43
b) Auslegung des § 1173 Abs. 2 43
c) Genereller Ersatzanspruch des zahlenden Eigentümers ? 45
aa) Die Theorie der Realobligation 46
bb) Die Ansichten von Schulz und Rud. Schmidt 47
cc) Unerheblichkeit des Wertes des dem zahlenden Eigentümer gehörenden Grundstücks 48
4. Korrekturbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung ? 49
5. Theoretische Konstruktion 54
a) Die durch die übergehende Hypothek gesicherte Forderung 55

Seite

b) Besonderheiten bei Ersatzpflicht des Rechtsvorgängers des jetzigen Eigentümers ? 56
c) Besonderheiten bei gesamtschuldnerischer Ersatzpflicht mehrerer Eigentümer ? 57
6. Rechtslage, wenn einer der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist 58
a) Zahlung eines der anderen Eigentümer 58
b) Zahlung des persönlichen Schuldners 59
c) Schuldner und Bürge als Eigentümer 59
d) Grundstücksveräußerung durch den persönlichen Schuldner 60
7. Schutz des ausgleichsberechtigten Eigentümers gegen Aufgabeverfügungen des Gläubigers ? 60
8. Rechtsstellung des Hypothekenbestellers als solchen 62

III. Das Mobiliargesamtpfandrecht 64
1. Begriff, Wesen und Voraussetzungen 64
2. Gesetzliche Ausgestaltung 65
a) Rechtsstellung des Gläubigers 65
b) Beziehungen zum persönlichen Schuldner 65
c) Verhältnis der Verpfänder und Pfandeigentümer untereinander 66
3. Bedeutung der Verweisung des § 1225 S. 2 auf § 774 Abs. 2 68
a) Die Ausgleichslehre 68
b) Ihre Widerlegung 71
c) Die Parallele zur Gesamthypothek 74
d) Korrekturbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung ? 76
4. Praktische Auswirkungen und theoretische Konstruktion 77
a) Der Normalfall 77
b) Der Fall, daß einer der Verpfänder zugleich persönlicher Schuldner ist 78
c) Theoretische Konstruktion 79
5. Entsprechende Anwendbarkeit des § 776 ? 80
6. Anwendungsbereiche des § 1225 und des § 1249 82
a) Anwendungsbereich des § 1225 S. 2 82
b) Verhältnis des § 1249 S. 2 zu § 1225 S. 2 83
c) Anwendbarkeit des § 1249 S. 2 im Fall des § 1247 86

IV. Ergebnis 88

Seite

C. Zusammentreffen mehrerer ungleicher Sicherungen für dieselbe Forderung 89

I. Sicherung einer Forderung durch Hypothek und Mobiliarpfandrecht 89

1. Charakter und Abgrenzung dieser Form der Mehrfachsicherung 89

2. Ihre Ausgestaltung durch das Gesetz und deren Lückenhaftigkeit 90

3. Ausfüllung der Gesetzeslücke: Übergang anderer Sicherungsrechte auf den Zahlenden nur in Höhe besonderer Ersatzansprüche 94

4. Unanwendbarkeit des § 776 96

5. Erläuterung der gefundenen Lösung 96

a) Der Normalfall 96

b) Der Fall, daß einer der Sicherer zugleich persönlicher Schuldner ist 97

6. Nichtidentität des Grundeigentümers mit dem Hypothekenbesteller, des Verpfänders mit dem Pfandeigentümer 98

a) Eintrittsrecht auch des Pfandeigentümers und des Hypothekenbestellers 98

b) Eintritt in die andere Sicherheit bei Ersatzpflicht des Rechtsvorgängers des jetzigen Eigentümers 98

II. Sicherung einer Forderung durch Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht 99

1. Charakter und Abgrenzung dieser Form der Mehrfachsicherung 99

2. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung 100

3. Ausfüllung der Gesetzeslücke: Übergang anderer Sicherungsrechte auf den Zahlenden nur in Höhe besonderer Ersatzansprüche 103

4. Auseinandersetzung mit der Meinung, der Bürge habe stets das bessere Recht 107

a) Das rechtsgeschichtliche Argument 108

aa) Das altgriechische Recht 108

bb) Das römische Recht 109

cc) Das altdeutsche Recht 110

dd) Das preußische Allgemeine Landrecht 111

b) Das rechtsvergleichende Argument 112

aa) Französisches Recht 112

bb) Österreichisches Recht 114

Seite

cc) Schweizerisches Recht 116
c) Die Versuche, die Vorzugsstellung des Bürgen aus dem BGB, vor allem aus § 776 abzuleiten 119
aa) Die erste Arbeit Strohals (DJZ 1903, 373 ff.) 119
bb) Die Ansicht Sternbergs 120
cc) Die zweite Arbeit Strohals (IherJ 61, 59 ff.) 122
dd) Die Ansicht Lippmanns 125
ee) Die Argumentation von Emilie Braun-Melchior 126
ff) Gemeinsame Gegengründe gegen alle diese Meinungen 128
d) Das Schutzbedürftigkeitsargument 129
5. Praktische Auswirkungen der gefundenen Lösung 131
6. Sonderfälle 132
a) Der Fall, daß der Verpfänder zugleich persönlicher Schuldner ist 132
b) Der Fall, daß der Verpfänder nicht zugleich Pfandeigentümer ist 133

III. Sicherung einer Forderung durch Bürgschaft und Hypothek 134
1. Gesetzliche Ausgestaltung dieser Form der Mehrfachsicherung 134
2. Lückenhaftigkeit und Ergänzung der gesetzlichen Regelung: Übergang anderer Sicherungsrechte auf den Zahlenden nur in Höhe besonderer Ersatzansprüche 136
3. Durchführung der gefundenen Lösung 140
a) Der Normalfall 140
b) Der Fall, daß Hypothekenbesteller und Grundeigentümer nicht identisch sind 142
c) Der Fall, daß der Grundeigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist 143

D. Schlußbetrachtungen 145
I. Gesamtergebnis 145
1. Übergang anderer akzessorischer Sicherungsrechte auf den Zahlenden stets nur in Höhe schuldrechtlicher Ersatzansprüche 145
2. Gesetzlicher Ausgleich nur bei der Mitbürgschaft 145
3. Zweiseitige Akzessorietät des auf den Ersatzberechtigten übergehenden Sicherungsrechts 146

Seite

II. Mehrfachsicherung durch akzessorische und nichtakzessorische oder mehrere nichtakzessorische Sicherungsrechte 146
1. Konstruktion eines Abtretungsrechts durch die h. M. Notwendigkeit seiner Begrenzung 146
2. Ablehnung eines solchen Rechts 149
a) Unvereinbarkeit eines Abtretungsrechts mit dem fiduziarischen Charakter nichtakzessorischer Sicherheiten 149
b) Erlöschen der Hauptforderung bei Zahlung des Bestellers einer nichtakzessorischen Sicherheit 151
c) Unhaltbarkeit der Analogie zu § 401. Unmöglichkeit, das Abtretungsrecht auf den Willen der Beteiligten zu gründen 152
d) Rechtliches Schicksal der nicht vom Zahlenden gestellten Sicherheiten 154

III. Folgerungen für ähnlich gelagerte Konkurrenzfälle 156

IV. Rechtspolitischer Ausblick 158

Literaturverzeichnis

Abrahamsohn, Die rechtliche Stellung des Drittverpfänders und Bürgen auf Grund der Einlösungszahlung, Diss. Freiburg, 1905.

Aubry et Rau, Droit civil français, 6ème édition, tome 4ème (ohne Angabe des Erscheinungsjahres); tome 6ème, 1951.

Barkhausen, Der gegenseitige Regreß mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung, Diss. Leipzig, 1906.

Baumbach-Duden, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., 1961.

Baumbach-Hefermehl, Kommentar zum Wechsel- und Scheckgesetz, 7. Aufl., 1962.

Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 1960.

Bender, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 593 ff.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 25 (1905), S. 84 ff.

Beudant, Cours de droit civil français, 2nde édition, tome XIII, 1948.

Biermann, Die Einheitlichkeit der Gesamthypothek, Das Recht 1905, 265 ff.

Biermann, Sachenrecht (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, I. Teil, Bürgerliches Gesetzbuch, Drittes Buch), 3. Aufl. 1914.

Blomeyer, JZ 1957, 443 f. (Anmerkung zum Urteil BGHZ 23, 361).

Boethke, Gruchots Beiträge Bd. 47 (1903), S. 857 (Besprechung der Dissertation von Kremer).

Braun-Melchior, Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung, Archiv für die zivilistische Praxis (AcP) Bd. 132 (1930), S. 175 ff.

Breit, Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem BGB, Gruchots Beiträge Bd. 48 (1904), S. 283 ff.

Cohn, Über das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und zum Bürgen, JW 1906, 410 ff.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Sachenrecht u.a., 7./8. Aufl., 1924.

Dähne, Der Rückgriff des Bürgen und dritten Pfandeigentümers gegen den Hauptschuldner und der Rückgriff zwischen Bürgen und dritten Pfandeigentümern untereinander nach dem BGB, Diss. Leipzig, 1907.

Dempewolf, Übertragung von Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen, NJW 1958, 979 f.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, II. Band, 1864.

Dernburg-Raape, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Abteilung: Einzelne Obligationen, 4. Aufl., 1915.

Dorst, Die gegenseitigen Beziehungen mehrerer Sicherheitssteller für die Verbindlichkeit eines Dritten nach dem Rechte des BGB, Diss. Leipzig, 1912.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Kommentar, IV. Band, Allgemeine Einleitung zum 3. Buch und §§ 343 - 372 HGB, 3. Aufl., 1932.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Band, 2. Hälfte: Das Sachenrecht, 2. Aufl., 1957; II. Band, 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1928.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, 1909.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Abteilung: Sachenrecht, 8./9. Aufl., 1905.

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Aufl., 1958.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 15. Aufl., 1959.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; I. Band: Allgemeiner Teil und Schuldrecht; II. Band: Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht; je 3. Aufl., 1962.

Eschle, Das Befriedigungsrecht des Bürgen, des nachstehenden Gläubigers, des Mieters und eines beliebigen Dritten gegenüber dem Hypothekengläubiger und die Wirkungen der Befriedigung, Diss. Greifswald, 1918.

Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., 1960.

Evers, Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern, Diss. Rostock, 1911.

Faß, Die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch Bürgen, Ablösungsberechtigte und beliebige Dritte, Diss. Königsberg, 1912.

Förster, Erich, Die Ausgleichung unter Mitbürgen und Dritteigentümern nach §§ 774, 1225, 1249, 1143 BGB, Diss. Leipzig, 1908.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, III. Band, 7. Aufl., 1896.

Forster, Dirk, Der Eintritt des erfüllenden Dritten in die Rechte des Gläubigers nach dem BGB, Diss. Straßburg, 1911.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, II. Band: Sachenrecht, 1905.

Gierke, Otto, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 100), 1910.

Güthe-Triebel, Kommentar zur Grundbuchordnung, I. Band, 6. Aufl., 1936.

Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl., 1956.

Haase, Ausgleichansprüche bei der gleichzeitigen Sicherung einer Forderung durch Bürgschaft und Pfand, Diss. Freiburg, 1929.

Happek, Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB, Diss. Erlangen, 1909.

Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930.

Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Hedemann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., 1960.

Herzfeld, Übertragung nichtakzessorischer Sicherheiten, JR 1958, 453 ff.

Klang, Kommentar zum (österreichischen) Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, VI. Band: §§ 1293 - 1502 ABGB, 2. Aufl., 1951.

Koban, Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht, 1904.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht, 1906.

Kowalski, Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr (Rechtsfragen der Praxis, Bd. 54), 1932.

Krasney, Übertragung von Forderungen und Mitübertragung des Sicherungseigentums, MDR 1960, 11 ff.

Kremer, Die Mitbürgschaft, mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld, Diss. Straßburg, 1902.

Küchler, Die Sicherungsgrundschuld, 1939.

Lang, Die Gesammthypothek, AcP Bd. 89 (1899), S. 251 ff.

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1962; II. Band, Besonderer Teil, 5. Aufl., 1962.

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960.

Leichsering, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung nach dem Rechte des BGB, Diss. Jena, 1913.

Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB (Das Schuldrecht des BGB, II. Band), 1931.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 51 (1904) S. 180 ff.

v. Lübtow, Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, Festschrift für H. Lehmann (1956), Bd. 1, S. 328 ff.

Lueg, Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB, Diss. Heidelberg, 1904.

Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. DJZ 1903, 543 f.

Mayr, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Österreich), I. Band: Allgemeine Lehren, Sachenrecht, 1922; II. Band: Recht der Schuldverhältnisse. Familien- und Erbrecht, 1923.

Mazeaud, Leçons de droit civil, tome 3ème, 1960.

Merländer, Zahlungswirkung bei verschiedenartiger Forderungssicherung, Diss. Würzburg, 1919.

Meyer, Haftungsausgleich bei unfreiwilliger Gesamthaft, JR 1932, 97 ff.

Mitteis (-Wilcken), Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, II. Band: Juristischer Teil, 1. Hälfte: Grundzüge, 1912.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 1888, Band II: Recht der Schuldverhältnisse;

Band III: Sachenrecht.

Muermann, Die Konkurrenz von Bürgschaft, Hypothek und Pfand, Diss. Köln, 1932.

Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Band II: Recht der Schuldverhältnisse; Band III: Sachenrecht.

Oellers, Der Ausgleich bei mehrfacher Forderungssicherung (§§ 774, 1143, 1173, 1225, 1249 BGB), Diss. Marburg, 1926.

Oertmann, JW 1932, 200 f. (Anmerkung zum Urteil OLG Frankfurt JW 1931, 2751).

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch), 1. Abteilung, 5. Aufl., 1928; 2. Abteilung, 5. Aufl., 1929.

Oftinger, Kommentar zum Sachenrecht (Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Abteilung 2/c), 2. Abteilung, 23. Titel, 2. Aufl., 1952.

Oser-Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht (Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band), 1. Halbband, 2. Aufl., 1929; 3. Teil, 2. Aufl., 1945.

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 21. Aufl., 1962.

Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I. Teil, 1909.

Pfeiffer, Übergang von Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen, NJW 1958, 1859 f.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl., 1928; III. Band: Sachenrecht, 2. Hälfte, 5. Aufl., 1938.

Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition, tome VII, 1954; tome XI, 1954; tome XII, 1953.

Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter, 1896.

Quedenfeld, Forderungsübergang und Ausgleich in den Fällen einer Mehrfachsicherung, Diss. Königsberg, 1933.

Ripert-Boulanger, Traité de droit civil, tome II, 4ème édition, 1957.

Rosenberg, JW 1928, 2449 (Anmerkung zum Urteil RG JW 1928, 501).

Rosenberg, Sind Hypotheken zur Sicherung von Forderungen gegen mehrere Schuldner zulässig ?, Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (IherJ) Bd. 80 (1930), S. 331 ff.

RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band, 2. Teil: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432 BGB, 11. Aufl., 1960; II. Band, 2. Teil: Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705 - 853 BGB, 11. Aufl., 1960; III. Band: Sachenrecht, 10. Aufl., 1954.

Schmidt, Rudolf, Unechte Solidarität, IherJ Bd. 72 (1922), S. 1 ff.

Schneider, Die gegenseitigen Ersatzansprüche mehrerer Personen, die für dieselbe fremde Verpflichtung eingestanden sind, Diss. Leipzig, 1911.

Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, I. Band, 1914.

Schulz, Rückgriff und Weitergriff, Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 21), 1907.

v. Schwindt, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899.

Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB, Das Recht 1904, 477.

Siméon-David, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, I. Band), 1. Hälfte, 14./15. Aufl., 1928.

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band: §§ 1 - 432 BGB, 9. Aufl., 1959; II. Band: Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Aufl., 1962; III. Band: Sachenrecht, 9. Aufl., 1960 (sämtl. Bände in 9. Aufl. herausgegeben von Siebert).

Stampe, Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts, 1924.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl., 1930; 3. Teil, 10. Aufl., 1941/42; Band III: Sachenrecht, 2. Teil, 10. Aufl., 1936.

Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, Gruchots Beiträge Bd. 52 (1908), S. 545 ff.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Band. III, 3. Aufl., 1898.

Strohal, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung, IherJ Bd. 61 (1912), S. 59 ff.

Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB, DJZ 1903, 373 ff.

Tacken, Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des BGB, Diss. Breslau, 1907.

Tasse, Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen, Diss. Halle, 1931.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1910.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, I. Band: Das Sachenrecht des BGB, 2. Aufl., 1902.

Vahldiek, Der Ausgleich zwischen mehreren Sicherheitsgebern, Diss. Erlangen, 1938.

Wandel, Das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfändern untereinander, falls einer den Gläubiger befriedigt, Diss. Heidelberg, 1909.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. und II. Band, 2. Aufl., 1932.

Weisbecker, Die Grundschuld in ihren Beziehungen zur persönlichen Forderung, 1922.

Weiß, Egon, Pfandrechtliche Untersuchungen, I. Abteilung: Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht, 1909.

Weiß, Karl, Der Ausgleich unter mehreren Sicherungsverpflichteten im Deutschen Privatrecht und im Bürgerlichen Gesetzbuch (Archiv für Beiträge zum deutschen, schweizerischen und skandinavischen Privatrecht, Heft 26), 1937.

Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., 1960.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 9. Aufl., 1906.

Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl., 1957.

Wüllenweber, Über die gegenseitigen Beziehungen mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung, Diss. Breslau, 1914.

Zunft, Übertragung des Sicherungseigentums und Zession der gesicherten Forderung an verschiedene Personen, NJW 1958, 1219 f.

A. DAS PROBLEM

I. EINLEITUNG

1. Die Wirtschaftsentwicklung unserer Zeit ist durch eine immer weiter fortschreitende Mechanisierung und Rationalisierung der Produktionsmittel gekennzeichnet. Die Unternehmer, die sich den jeweiligen Stand der Technik zunutzemachen wollen, um gegen die Konkurrenz bestehen zu können, müssen immer wieder umfangreiche Investitionen vornehmen, die sie zu einem großen Teil allein mit Hilfe von Krediten finanzieren können. Neben diesen Investitionskrediten spielen Betriebsmittelkredite für die Ankurbelung und Ausweitung des Geschäftsbetriebes zahlreicher Unternehmen eine bedeutsame Rolle. Aber auch wertvolle Verbrauchsgüter können vom einzelnen oft nur unter Inanspruchnahme fremden Kapitals beschafft werden; man denke beispielsweise an den privaten Wohnungsbau, der in unserer Zeit nie gekannte Ausmaße angenommen hat.

Ein funktionierender Kreditmarkt ist also zu einer der Grundvoraussetzungen für ein Blühen unserer Wirtschaft, für eine Hebung des Lebensstandards geworden. Produzenten und Verbraucher werden aber umso eher einen Kredit zu günstigen Bedingungen bekommen können, je besser die pünktliche Rückzahlung der Kredite gesichert ist. Denn einmal fließen die zurückgezahlten Gelder zum größten Teil wieder dem Kreditmarkt zu; vor allem aber hängt die Bereitschaft der Kreditinstitute und finanzkräftiger Privatleute, ihr Geld auszuleihen, wesentlich von dem damit verbundenen Risiko ab.

2. Die Sicherheit fristgerechter Rückzahlung kann dadurch erhöht werden, daß der Kreditnehmer, der ja an sich schon persönlich, d.h. mit seinem ganzen Vermögen für die Darlehensschuld haftet, an seinem Grundstück dem Kreditgeber eine Hypothek bestellt oder ihm wertvolle bewegliche Sachen verpfändet.
Der Vorteil einer derartigen zusätzlichen Sicherung für den Kreditgeber besteht darin, daß er sich aus dem betreffenden Grundstück, aus der betreffenden beweglichen Sache vor allen nachrangigen oder gar nicht dinglich gesicherten Gläubigern des Kreditnehmers befriedigen kann. Hat der Kreditnehmer weder Grundbesitz, noch wertvolle Mobilien, die er aus der Hand geben kann, oder reichen die vorhandenen Gegenstände als Kreditunterlage nicht aus, so kann ein Dritter die Rückzahlungsforderung des Kreditgebers dadurch sichern, daß er sich für deren Erfüllung verbürgt oder seinerseits ein Grundstück mit einer Hypothek belastet bzw. bewegliche Sachen zum Pfande gibt.

Bürge kann nicht der Kreditnehmer selbst, sondern immer nur ein Dritter sein.

Dieser verspricht dem Gläubiger im Bürgschaftsvertrag, für die Verbindlichkeit des Schuldners (Kreditnehmer) gegenüber dem Gläubiger (Kreditgeber) einzustehen, § 765 Abs. 1 [1]. Er haftet dem Gläubiger persönlich, also mit seinem ganzen Vermögen.

Eine Hypothek oder ein Mobiliarpfandrecht können, wie bereits gesagt, sowohl de Kreditnehmer als auch ein Dritter, eventuell beide nebeneinander für die gleiche Forderung, bestellen. Die Hypothek verleiht dem Gläubiger das Recht, seine Befriedigung wegen der gesicherten Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück zu suchen, wenn der Schuldner und der etwa von ihm verschiedene Hypothekenbesteller nicht freiwillig zahlen, §§ 1113, 1147. Das Mobiliarpfandrecht gibt ihm die Befugnis, die Pfandsache notfalls in den Formen der §§ 1233 ff. zu verkaufen und sich aus dem Erlös zu befriedigen, §§ 1204, 1228.

Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht können nur entstehen, wenn die durch sie zu sichernde Forderung wirksam entstanden ist, sie stehen immer demjenigen zu, de die Forderung zusteht, und sie gehen unter oder kraft Gesetzes auf den Besteller über, wenn die Forderung erlischt. Sie sind also rechtlich nicht selbständig, sondern nur ein Anhängsel der Forderung (wenn sie der wirtschaftlichen Bedeutung nach auch oft die Hauptsache sind, hinter die die Forderung stark zurücktritt); man nennt sie deshalb akzessorische Sicherungsrechte.

Die Denkform der Akzessorietät wird von einigen Schriftstellern [2] als ein Relikt der Begriffsjurisprudenz abgelehnt. Diesen Schriftstellern ist zuzugeben, daß das Akzessorietätsprinzip vom Gesetz an einigen Stellen durchbrochen wurde, vor allem für die Hypothek in den §§ 1138, 1156, 1180. Auf der anderen Seite finde sich aber zahlreiche Vorschriften, die vom historischen Gesetzgeber unter Zugrun delegung dieses Prinzips konzipiert wurden und die durch die Vorstellung einer Ab hängigkeit des Sicherungsrechts von der Forderung auch am besten erklärt werden können, jedenfalls besser und einfacher als mit der von Stampe und v. Lübtow [3] vorgeschlagenen Konstruktion eines sog. "Anrechts"; vgl. insbesonde die §§ 401, 412, 767, 1153, 1163, 1184, 1250, 1252, 1256 [4].

---

1) Die ohne Gesetzesangabe zitierten Paragraphen sind solche des BGB.
2) Heck, SchuldR, S. 386; ders., SachenR, S. 323 ff. (329); Stampe (ausführliche Zitate im Literaturverzeichnis), S. 36 ff.; v. Lübtow, S. 328 ff.
3) Stampe, S. 39 ff.; v. Lübtow, S. 330 ff.
4) Wie hier Wolff-Raiser §§ 129 ff.; Westermann §§ 93, 126 f.; Enneccerus-Nipperdey § 79 A I 4.

Durch ihre Anlehnung an die gesicherte Forderung unterscheiden sich Bürgschaft, Hypothek und Mobiliarpfandrecht vom Sicherungseigentum, von der Sicherungsgrundschuld, vom Sicherungswechsel und von den zur Sicherung abgetretenen Forderungen und Rechten. Diese sog. nichtaktzessorischen Sicherungsrechte sind von einer Forderung völlig unabhängig. Sie können ohne eine solche entstehen und fortbestehen; sie können, selbst wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt wurden, einem anderen Rechtssubjekt zustehen als die Forderung. Diese Unabhängigkeit der nichtakzessorischen Sicherheiten ist leicht verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sie durch Rechtsgeschäfte begründet werden, die normalerweise ganz anderen Zwecken dienen (z.B. die Übereignung von Gegenständen, die Hingabe eines Wechsels) und nur von den Beteiligten zur Kreditsicherung verwendet, also eigentlich zweckentfremdet werden, während Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht vom Gesetzgeber als Kreditsicherungsmittel geschaffen wurden.

3. Oft genügt es dem Kreditgeber nicht, daß der Kredit durch eine Bürgschaft, durch eine Hypothek oder durch ein Mobiliarpfandrecht - wenn wir zunächst einmal bei den akzessorischen Sicherungsrechten bleiben - gesichert wird (etwa weil er befürchtet, der Bürge könne in Vermögensverfall geraten, der verpfändete Schmuck könne im Preise fallen, weil es sich um eine zweit- oder drittstellige Hypothek handelt, die durch den Grundstückswert nur noch knapp gedeckt ist). Er verlangt also weitere Sicherheiten.

Beispiel: A braucht zur Gründung eines Handelsunternehmens Geld. G hat versprochen, ihm gegen ausreichende Sicherheit ein Darlehen in Höhe von 100 000 DM zu gewähren. Der Vater V des A, der seinem Sohn bei der Geschäftsgründung behilflich sein möchte, aber nicht genügend flüssige Mittel zur Verfügung hat, verbürgt sich für die Rückzahlung des Darlehens. Damit begnügt G sich jedoch nicht. Erst als ihm auf Bitten von V und A der Onkel O des A an seinem Grundstück zusätzlich eine Hypothek für die Forderung bestellt, zahlt er das Darlehen aus.

In gleicher Weise können mehrere Bürgschaften, ein Mobiliarpfandrecht an Sachen verschiedener Eigentümer, eine Hypothek an Grundstücken mehrerer Eigentümer, eine Bürgschaft und ein Pfandrecht, eine Hypothek und ein Pfandrecht oder mehrere dieser Kombinationen zusammentreffen. Der Gläubiger kann sich in diesen Fällen nach seiner Wahl an den Hauptschuldner oder an jede der Sicherungen halten, wenn die fällige Rückzahlungsverpflichtung nicht erfüllt wird; an einen Bürgen allerdings nur, wenn dieser die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff.) nicht oder nicht mehr hat.

Erlangt der Gläubiger vom Hauptschuldner Befriedigung, so erlischt mit der

Hauptforderung (§ 362) eine für sie eingegangene Bürgschaft, § 767, und ein für sie bestelltes Mobiliarpfandrecht, § 1252; eine etwa bestehende Hypothek geht auf den Eigentümer über und wird Eigentümergrundschuld, §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1. Hier ergeben sich kaum einmal Probleme [5].

Wird der Gläubiger aus dem Vermögen eines der Drittsicherer befriedigt (z.B. der Bürge zahlt; der Gläubiger bringt das mit der Hypothek belastete Grundstück zur Zwangsversteigerung und befriedigt sich aus dem Versteigerungserlös; der Mobiliarverpfänder leistet, um den Pfandverkauf abzuwenden, § 1223 Abs. 2), so hat der Drittsicherer zunächst einmal aus seinem Innenverhältnis zum Hauptschuldner einen Ersatzanspruch gegen diesen. Darüber hinaus geht das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner kraft Gesetzes auf den Dritten über, §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2 i.Verb. m. 268 Abs. 3. Diese Forderungen werden ihm jedoch häufig nichts nützen, weil sie nicht realisierbar sind; der Gläubiger wird sich ja meist gerade deshalb an den Drittsicherer gehalten haben, weil beim Hauptschuldner nichts zu holen war. Dann wird die Frage bedeutsam, ob der in Anspruch Genommene die Last der Schuld ganz oder zum Teil auf die neben ihm für diese Schuld haftenden Drittsicherer abwälzen kann [6]. In erster Linie richtet sich die Verteilung der Last nach den zwischen den Sicherern getroffenen Vereinbarungen. Wie ist es aber dann, wenn solche Vereinbarungen fehlen? Die Frage ist deshalb nicht leicht zu beantworten, weil einerseits sämtliche akzessorische Sicherheiten mit der Hauptforderung auf den Zahlenden übergehen müßten, §§ 412, 401, andererseits aber die dritten Besteller solcher Sicherheiten im Innenverhältnis ebensowenig für die Forderung aufzukommen haben wie der zahlende Dritte selbst.

Ein derartiger Zwiespalt kann beim Zusammentreffen akzessorischer mit nichtakzessorischen Sicherungsrechten und mehrerer nichtakzessorischer Sicherungsrechte untereinander nicht auftreten, denn nichtakzessorische Rechte gehen nicht mit der Hauptforderung auf den zahlenden Besteller einer akzessorischen Sicherheit über, und der Besteller einer nichtakzessorischen Sicherheit tritt auch nicht kraft Gesetzes in die Hauptforderung und ihre Nebenrechte ein. Wegen dieses Un

---

5) Schwierigkeiten treten etwa dann auf, wenn der zahlende Schuldner zugleich Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist und ausnahmsweise von einem der anderen Eigentümer Ersatz fordern kann; vgl. dazu unten S. 59.

6) Darüber, daß die Ausgleichsfragen nicht nur für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners beantwortet werden müssen, s. Strohal, IherJ 61, 61 Anm. 4a.

terschiedes empfiehlt es sich, die letztgenannten Fälle zunächst beiseitezulassen und die weiteren Untersuchungen auf die eigentlichen (akzessorischen) Sicherungsrechte zu beschränken. Die Zurückstellung der damit ausgeklammerten Fälle erscheint auch deshalb angebracht, weil eine Ausgleichsregelung für diese Fälle, wie man sie weithin für erforderlich hält, mangels besonderer Vorschriften nur derjenigen bei akzessorischer Mehrfachsicherung nachgebildet werden kann [7].

4. Das Ausgleichsproblem bei akzessorischer Mehrfachsicherung wurde für das Recht des BGB [8] erstmals von Strohal[9] im Jahre 1903 behandelt. Seither ist es in zahlreichen Einzeldarstellungen behandelt worden, sämtliche große Kommentare und Lehrbücher zum Schuld- und Sachenrecht haben dazu Stellung genommen. Trotz dieser jahrzehntelangen Diskussion ist immer noch keine allgemein anerkannte Lösung gefunden.

Weitgehende Einigkeit herrscht heute nur bezüglich der Ausgleichsregelung bei der Gesamthypothek, für die das Gesetz in § 1173 eine klare Vorschrift gibt. Unbestritten ist auch das Ergebnis bei der Mitbürgschaft, nicht dagegen seine Begründung. Über die Verteilung der Haftungslast beim Mobiliargesamtpfandrecht und beim Zusammentreffen verschiedener Sicherheiten gehen die Meinungen völlig auseinander.

Lohnt es sich denn, diesen alten Streit neu zu beleben? Die Tatsache, daß seit der Schrift von Karl Weiß aus dem Jahre 1937 und den Dissertationen von Quedenfeld und Vahldiek [10] von 1933 und 1938, soweit ersichtlich, keine monographische Darstellung mehr erschien, könnte zu der Annahme führen, diese Ausgleichsfragen stellten sich der Praxis so gut wie nie; ihre Behandlung sei daher müßiges Theoretisieren. Nun ist es zwar richtig, daß die nichtakzessorischen Sicherheiten im heutigen Kreditverkehr oft gegenüber Bürgschaft, Hypothek und Mobiliarpfandrecht bevorzugt werden; aber die Hypothek spielt noch immer - namentlich beim langfristigen Anlagekredit - eine hervorragende Rolle, und Verbürgungen sind ebenso wie die Verpfändung von Wertpapieren und Wert-

---

7) Nähere Angaben finden sich unten S. 146 ff., wo die ausgeklammerten Fälle behandelt werden.

8) An den entsprechenden Bestimmungen des französischen Rechts haben die Streitfragen sich schon im 19. Jahrhundert entzündet. Vgl. die Nachweise bei Schulz, S. 62 f.; Tasse, S. 46 ff.; Oellers, S. 67 f.

9) DJZ 1903, 373 ff.

10) Genaue Angaben im Literaturverzeichnis.

gegenständen [11] auch heute gerade im Bankverkehr keineswegs selten. Deshalb kommt es häufig vor, daß mehrere dieser Rechte für dieselbe Forderung bestellt werden, um das Risiko des Kreditgebers möglichst zu vermindern, und so kann auch die Frage nach dem Ausgleich zwischen mehreren Drittsicherern hin und wieder auftauchen. Abgesehen davon kann die Rechtslage bei akzessorischer Mehrfachsicherung, wie bereits angedeutet, auch für die Verteilung der Haftungslast zwischen den Bestellern akzessorischer und nichtakzessorischer und mehrerer nichtakzessorischer Sicherungen bedeutsam werden. Und schließlich: selbst wenn es sich um eine rein akademische Streitfrage handeln würde, wäre der Problemkreis einer neuen Betrachtung wert, denn hier zeigen sich Grenzen und Sonderformen der Akzessorietät; hier geht es also nicht nur um die Entscheidung praktischer Einzelfälle, sondern auch und gerade um wichtige Fragen unserer Zivilrechtsdogmatik. Diese dogmatischen Aspekte des Problems sind in den bisherigen Arbeiten etwas zu kurz gekommen; sie sind teilweise noch wissenschaftliches Neuland.

II. NOTWENDIGKEIT EINER GESAMTBETRACHTUNG SÄMTLICHER FORMEN AKZESSORISCHER MEHRFACHSICHERUNG

Einige Beispiele können am besten in die Problematik der hier zu behandelnden Fälle einführen.

1. Zur Sicherung der Forderung des G gegen S in Höhe von 10 000 DM hat A sich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbürgt, B an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt. Bei Fälligkeit der Hauptforderung ist S zahlungsunfähig. G verlangt von A Befriedigung, und A zahlt. Damit erlischt seine Bürgschaftsschuld, denn gerade auf sie hat er ja geleistet; § 362. Nach § 774 Abs. 1 geht die Forderung des G gegen S auf A über. Da es sich hierbei um einen gesetzlichen Forderungsübergang handelt, muß gemäß § 412 auch § 401 Anwendung finden: Mit der Hauptforderung wird kraft Gesetzes auch die zu ihrer Sicherung bestehende Hypothek am Grundstück des B auf A übertragen. A kann also nun, nachdem er einen Duldungstitel erstritten hat, wegen der Hypothekenforderung von 10 000 DM die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des B betreiben, falls dieser nicht freiwillig zahlt. In beiden Fällen [12] erwirbt B nach § 1143 Abs. 1

---

11) Vgl. dazu etwa Ziff. 19 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken in der Fassung von 1955, abgedruckt bei Baumbach-Duden, Anh. III nach § 406 HGB.

12) Mit Recht wendet die h. M. den § 1143 Abs. 1 auch dann entsprechend an,

lediglich die zur Zeit wertlose Hauptforderung gegen S, dagegen keinerlei Rechte gegen A, sofern zwischen A und B nicht etwas anderes vereinbart ist.

Wendet sich G wegen seiner Forderung zunächst an B und zahlt dieser 10 000 DM, um die Zwangsversteigerung seines Grundstücks zu vermeiden, so geht die Hauptforderung auf B über, § 1143 Abs. 1. Gemäß §§ 412, 401 erlangt er mit der Forderung zusammen aber auch die Rechte aus der Bürgschaft des A und die Hypothek an seinem eigenen Grundstück, die zur Eigentümerhypothek wird, § 1177 Abs. 2. Mangels entgegenstehender Vereinbarung kann B jetzt also aus der Bürgschaft gegen A vorgehen. Befriedigt A den B, so erwirbt er nach §§ 774 Abs. 1, 412, 401 die Hauptforderung gegen S und die Hypothek am Grundstück des B, die nun wieder Fremdhypothek wird; die Bürgschaftsforderung, auf die er gezahlt hat, dagegen erlischt. A kann jetzt wiederum die Hypothek geltend machen und damit die Last der Schuld endgültig auf B abwälzen [13].

B kann seine Lage auch nicht etwa dadurch verbessern, daß er unmittelbar nach Befriedigung des G die Hypothek an seinem Grundstück löschen läßt und dann erst den A in Anspruch nimmt: B, der neue Gläubiger der Hauptforderung, würde damit ein Recht aufgeben, aus dem A in vollem Umfang hätte Ersatz erlangen können, so daß A nach § 776 frei würde [14].

B hat demnach, gleichgültig, wer den Gläubiger zuerst befriedigt, im Verhältnis zu A stets die ganze Schuldlast allein zu tragen. Das Gesetz gibt - so scheint es wenigstens zunächst - für das Nebeneinander von Bürge und Hypothekenbesteller eine unmißverständliche Antwort auf die Ausgleichsfrage: Indem es die Hypothek bei ihrer Vereinigung mit dem Grundstückseigentum in einer Hand - im Gegensatz zu der auf den Bürgen übergehenden Bürgschaftsforderung[15] - nicht erlöschen, sondern fortbestehen läßt, verschafft es dem Bürgen gegenüber dem Hypothekenbesteller das bessere Recht. Man könnte das damit erklären, daß der Bürge besonders schutzbedürftig sei, weil er dem Gläubiger mit seinem ganzen Vermögen hafte, während der Hypothekenbesteller nur den Verlust des belasteten

---

wenn der Gläubiger sich zwangsweise aus dem Grundstück eines nichtschuldenden Dritten befriedigt. Vgl. KGJ 42, 274 (277); Planck-Strecker 2c, RGRK-Denecke 5, je zu § 1143; Soergel-Baur 1, Staudinger-Kober 6, Palandt-Hoche 3c, alle zu § 1181; Wolff-Raiser § 140 II; Westermann § 108 IV 2; Schulz, S. 54 f.

13) Zu den Überlegungen, ob man dem B den Rückgriff gegen A überhaupt erst gestatten soll, wenn er im Verhältnis zu diesem schließlich doch den ganzen Schaden zu tragen hat, vgl. unten S. 135.

14) A.A. nur Dähne, S. 89.

15) Wie bereits angedeutet, erlischt die Bürgenschuld in unserem Beispielsfall

Grundstücks zu befürchten habe [16].

2. Hat B im obigen Beispiel keine Hypothek bestellt, sondern zur Sicherung der Forderung des G gegen S wertvollen Schmuck verpfändet, so ergibt sich folgendes Bild: Befriedigt A zuerst den G, so erlischt seine Verpflichtung aus der Bürgschaft, § 362; nach §§ 774 Abs. 1, 412, 401 geht die Hauptforderung und mit ihr das Pfandrecht an den Schmuckstücken des B auf A über. A kann dieses Pfandrecht, falls keine Vereinbarung mit B entgegensteht, jetzt geltend machen und sich so völlig schadlos halten. B erwirbt bei freiwilliger Leistung an A nur die wertlose Hauptforderung, § 1225 S. 1.

Zahlt umgekehrt B zuerst an G, so geht nach § 1225 S. 1 zunächst die Forderung des G gegen S auf ihn über; ferner nach §§ 412, 401 die Rechte aus der Bürgschaft des A; schließlich auch das Pfandrecht an den eigenen Schmuckstücken, das aber erlischt, falls die pfandgesicherte Forderung nicht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist oder B wegen des Bestehens nachrangiger Pfandrechte ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestehen hat (im zweiten Falle "gilt" es nur "als nicht erloschen"), § 1256. Jetzt kann also B aus der Bürgschaft von A Zahlung verlangen. Durch diese Zahlung erwirbt A im Regelfall des § 1256 Abs. 1 S. 1 nur die wertlose Hauptforderung, während die Bürgschaft nach § 362 erlischt. In den Ausnahmefällen des Abs. 1 S. 2 und des Abs. 2 von § 1256 geht dagegen auch das Pfandrecht an den Sachen des B auf A über, so daß er die Last der Schuld auf B abwälzen kann.

An diesem Ergebnis befremdet dreierlei: einmal die Tatsache, daß - im Regelfall des § 1256 Abs. 1 S. 1 - schließlich immer gerade derjenige, der nicht als erster den Gläubiger befriedigt, den Verlust allein zu tragen hat; zweitens, daß § 1256 Abs. 1 S. 2, der den dritten Berechtigten schützen soll, und § 1256 Abs. 2, der im Interesse des Pfandeigentümers geschaffen wurde, dazu führen sollen, daß der Pfandeigentümer, der als Erstzahlender die Last der Schuld auf den Bürgen abwälzen könnte, diese Last nun selbst tragen muß; drittens, daß das Innenverhältnis zum Bürgen für Mobiliarverpfänder und Hypothekenbesteller verschieden geregelt ist; wenn der Bürge dem Hypothekenbesteller gegenüber deshalb das bessere Recht hat, weil er nicht nur mit einer bestimmten Sache, sondern mit seinem ganzen Vermögen haftet, dann müßte er doch auch dem allein mit den Pfand-

---

aber nicht durch Konfusion, sondern durch Erfüllung. Das verkennen Breit, S. 288; Martinius, S. 543; Abrahamsohn, S. 35.

16) So etwa Strohal, IherJ 61, 108. Kritische Prüfung des Schutzbedürftigkeitsarguments unten S. 129 f.

sachen haftenden Mobiliarverpfänder gegenüber stets bevorzugt werden ! Ernste Zweifel daran tauchen auf, ob die Lösungen zu 1. und zu 2., wiewohl sie aus dem Gesetz abgeleitet sind, wirklich dem Willen des Gesetzgebers, dem Sinn des Gesetzes entsprechen.

3. Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn zur Sicherung der Forderung des G gegen S A wertvolle Mobilien verpfändet, B an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt hat ? Hält G sich an A und zahlt dieser, um den Verkauf seiner Sachen abzuwenden, so gehen nach §§ 1225 S. 1, 412, 401 die Forderung des G gegen S, die Hypothek am Grundstück des B und das Pfandrecht an seinen eigenen Sachen auf ihn über. Das Pfandrecht erlischt regelmäßig nach § 1256 Abs. 1 S. 1; nur in den Fällen des § 1256 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 bleibt es bestehen oder gilt als fortbestehend. A kann jetzt die Hypothek geltend machen. Befriedigt ihn B, so erwirbt dieser neben der Hauptforderung die Hypothek am eigenen Grundstück und, wenn das Pfandrecht an den Mobilien des A ausnahmsweise noch besteht, auch dieses Pfandrecht, §§ 1143 Abs. 1, 412, 401. Im Regelfall hat also B die Last der Schuld zu tragen; blieb aber das Pfandrecht bestehen, so kann er diese Last wieder auf A zurückwälzen, dieser wieder auf ihn, usw., so daß eine unendliche Rückgriffskette entsteht.

Befriedigt B den G, so erlangt er kraft der cessio legis dessen Hauptforderung gegen S, das Pfandrecht an den Sachen des A und die Hypothek am eigenen Grundstück, die zur Eigentümerhypothek wird. Zahlt nun A an B, um die Pfandsachen auszulösen, so wird A Gläubiger der Hauptforderung, der Hypothek und des Pfandrechts, das allerdings regelmäßig erlischt. Jetzt befindet A sich in derselben Lage, wie wenn er unmittelbar an G geleistet hätte. Es ergibt sich also: gleichgültig, wer zuerst an den Gläubiger zahlt, der Mobiliarverpfänder hat gegenüber dem Hypothekenbesteller regelmäßig das bessere Recht. Nur in den Fällen des § 1256 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 sind beide insofern gleichberechtigt, als sie die Schuldlast solange hin- und herwälzen können, bis die Pfandsache oder das Grundstück untergeht, das Pfandrecht durch Pfandverkauf oder die Hypothek durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück erlischt. Der Hypothekenbesteller kann aber im Regelfall seine Position dadurch entscheidend verbessern, daß er als erster an den Gläubiger zahlt und dann die an seinem Grundstück entstehende Eigentümerhypothek sofort löschen läßt. Macht er jetzt das Pfandrecht geltend, so hat der Verpfänder, der die Hypothek auch durch eine Einlösungszahlung nicht mehr erwerben kann, den Verlust endgültig zu tragen. Eine dem § 776 entsprechende Vorschrift zum Schutze des Verpfänders gibt es nicht [17].

---

17) Zur Frage, ob hier eine analoge Anwendung des § 776 möglich ist, s. unten S. 80 f. und 96.

Auch dieses Ergebnis gibt, für sich allein gesehen und im Vergleich zu den vorher erörterten Fällen mehrfacher Drittsicherung, zu schweren Bedenken Anlaß: Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der Verpfänder dem Hypothekenbesteller gegenüber bevorzugt werden soll. Beide haben zur Sicherung einer Forderung ein dingliches Verwertungsrecht an ihren Sachen bestellt, die Haftung beide ist auf diese Pfandgegenstände beschränkt. - Wenn der Gesetzgeber aber schon dem Mobiliarverpfänder das bessere Recht geben wollte, so ist es vollends unerfindlich, warum der Hypothekenbesteller diese Wertung durch den einfachen Trick, daß er dem Verpfänder mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommt und dann die Eigentümerhypothek löschen läßt, soll umstoßen können. Ferner überrascht es auch hier, daß ausgerechnet der § 1256 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 entscheidende Bedeutung für die Verteilung der Haftungslast haben soll. Schließlich kann es zwischen Mobiliarverpfänder und Hypothekenbesteller zu einer endlosen Rückgriffskette kommen, ein Ergebnis, das mit der Aufgabe des Gesetzes, Interessenkonflikte zu entscheiden und so den Rechtsfrieden aufrecht zu erhalten, schlechthin unvereinbar ist.

4. Die Zweifel daran, ob die vorstehend aus dem Gesetz abgeleiteten Lösungen miteinander vereinbar sind und wirklich "im Sinne des Gesetzes" liegen, haben sich erheblich verstärkt. Die Vermutung liegt nahe, daß der Ausgestaltung der Eigentümerhypothek durch das BGB und dem § 1256, der in Ausnahmefällen ein Eigentümermobiliarpfandrecht zuläßt, dabei eine Wirkung gegeben wird, die der Gesetzgeber nicht gesehen und keinesfalls gewollt hat. Darüber hinaus fällt auf, daß der in den §§ 412, 401 angeordnete schematische Übergang der Nebenrechte mit der Hauptforderung dem Ausgleichsproblem beim Zusammentreffen mehrerer Drittsicherer nicht gerecht wird.

Immerhin hat sich gezeigt, daß man sich davor hüten muß, die Ausgleichsfrage für die eine oder andere Kombination mehrerer Drittsicherungen isoliert zu behandeln. Für den betreffenden Einzelfall mag sich eine ganz plausible Lösung aus dem Gesetz herleiten lassen. Indessen können andere Formen mehrfacher Sicherung den Weg, auf dem man zu dieser Lösung gekommen ist, als falsch erweisen und den richtigen Weg zeigen. Die Gerichte, die mit einem derartigen Fall befaßt sind, sind deshalb dringend davor zu warnen, unter Berufung auf die richterliche Aufgabe der Einzelfallentscheidung die aus dem Gesetzeswortlaut für den ihnen unterbreiteten Sachverhalt sich ergebende Lösung einfach hinzunehmen[18].

---

18) Abschreckende Beispiele liefern Faß, S. 76 ff., und Eschle, S. 42 ff., die nur einen Fall isoliert betrachten und so die gegen ihre Lösung bestehenden Bedenken gar nicht sehen.

Um willkürliche Ergebnisse zu vermeiden, müssen sie vielmehr die beabsichtigte Entscheidung daraufhin überprüfen, ob die ihr zugrundegelegten Kriterien auch bei anderen akzessorischen Sicherheiten eine brauchbare Lösung ermöglichen.

Auch in der vorliegenden Arbeit muß eine derartige Gesamtbetrachtung versucht werden. Da sich bisher für die Fälle mehrfacher ungleichartiger Sicherung aus dem Gesetz nur eine sehr unbefriedigende und wohl korrekturbedürftige Lösung ergeben hat, soll die weitere Untersuchung bei der Mitbürgschaft, bei der Gesamthypothek und beim Mobiliargesamtpfandrecht beginnen. Vielleicht gibt das Gesetz hier eine Spezialregelung, die auch auf das Zusammentreffen verschiedener Sicherheiten entsprechend anwendbar ist und auch dort zu einem überzeugenden Resultat führt.

B. ZUSAMMENTREFFEN MEHRERER GLEICHARTIGER SICHERUNGEN FÜR DIESELBE FORDERUNG

I. DIE MITBÜRGSCHAFT

1. Das BGB verwendet den Begriff "Mitbürgen" nur in § 774 Abs. 2 und definiert ihn dort nicht. Aber auch § 769 handelt von Mitbürgen, und man ist sich darüber einig, daß dieser Vorschrift folgende Begriffsbestimmung entnommen werden kann: Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so sind sie Mitbürgen, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Zwei Punkte sind hier besonders wichtig:

a) Immer wenn mehrere sich für dieselbe Schuld verbürgen, sind sie Mitbürgen. Im Gegensatz zum preußischen Recht [19] unterscheidet das BGB nicht danach, ob die Bürgen sich gleichzeitig oder nacheinander verpflichten, ob sie bei der Verbürgung voneinander wissen oder nicht, ob sie untereinander in vertraglichen Beziehungen stehen oder nicht; das wird auch durch § 776 (vgl. den Satz 2) bestätigt. Dementsprechend gibt es keine Sonderregeln für bestimmte Kategorien von Mitbürgen [20].

b) Voraussetzung für das Bestehen einer Mitbürgschaft ist, daß mehrere Bürgen für dieselbe Verbindlichkeit haften. Das ist indessen nicht nur dann der Fall, wenn A und B sich für die Schuld des S gegenüber G, die 10 000 DM beträgt, in voller Höhe verbürgen, sondern auch dann, wenn A die Bürgschaft in Höhe von 10 000 DM, B in Höhe von nur 2 000 DM übernimmt: hier sind A und B Mitbürgen für 2 000 DM, für die weiteren 8 000 DM ist A Alleinbürge. Haftet dagegen A für die ersten 6 000 DM, B für die restlichen 4 000 DM, so ist jeder Alleinbürge für seinen Teil der Schuld. Hat A sich für 8 000, B für 4 000 DM verbürgt, so wird man die Bürgschaftserklärungen regelmäßig dahin auslegen müssen, daß A die ersten 8 000, B die letzten 4 000 DM der Schuld sichern soll und will; denn der Gläubiger wird die Stellung zweier Bürgen gerade verlangt haben, damit seine Forderung in vollem Umfang durch sie gedeckt ist [21]. Es ist allerdings auch eine dahingehende Vereinbarung denkbar, daß A für die ersten 8 000, B für die ersten 4 000 DM der Forderung einstehen soll; dann sind sie in Höhe von 4 000 DM Mitbürgen, für weitere 4 000 DM ist

---

19) Näheres bei Tasse, S. 12.

20) Die abweichende Ansicht von Haase, S. 9 ff., der zwischen Gesamtbürgen (bei gemeinschaftlicher Verbürgung oder Abschluß eines Ausgleichsvertrags) und Sonderbürgen unterscheidet und nur bei ersteren einen gesetzlichen Ausgleich annimmt, findet im Gesetz keine Stütze.

21) So auch Muermann, S. 27 f.; vgl. ferner Dorst, S. 25 ff. (29), 47 f.

A Alleinbürge, für die letzen 2 000 DM haftet nur der Schuldner S [22].

2. Was die rechtliche Ausgestaltung der Mitbürgschaft betrifft, so ist das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger, ihr Verhältnis zum Schuldner und ihr Verhältnis untereinander zu unterscheiden.

a) Für das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger gibt § 769 eine eindeutige Vorschrift: Mitbürgen haften als Gesamtschuldner. Haben sie die Einrede der Vorausklage (§ 771 ff.) nicht oder nicht mehr, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl von jedem von ihnen die ganze Bürgschaftssumme oder einen Teil davon verlangen, insgesamt jedoch die Bürgschaftssumme nur einmal [23]. Auch im übrigen kommen die Vorschriften über die Gesamtschuld (§§ 421 ff.) zur Anwendung.

b) Das Verhältnis zum Schuldner weist gegenüber der Einzelbürgschaft keine Besonderheiten auf. Wichtig ist in unserem Zusammenhang, daß jeder Bürge, der den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt [24], insoweit die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erwirbt (§ 774 Abs. 1), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder einem sonstigen Rechtsverhältnis ohnedies einen Ersatzanspruch gegen den Schuldner hat. Besteht ein derartiger besonderer Ersatzanspruch, so kann der Bürge sich wahlweise dieses Anspruchs oder der kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Gläubigerrechte bedienen; natürlich kann er mit beiden zusammen nur einmal

---

22) S. zum Ganzen außer den in der vorigen Note Genannten Staudinger-Brändl 16, Planck-Oegg 7 e, je zu § 774; Kremer, S. 64; Tacken, S. 12 f.; Evers, S. 1 f; Quedenfeld, S. 24. - Abweichend Emmerich, S. 517, der bei verschieden hoher Haftung der einzelnen Bürgen den Betrag, bis zu dem Mitbürgschaft vorliegt, durch Multiplikation der niedrigsten Bürgschaftssumme mit der Zahl der Bürgen ermittelt. Hat also A sich für den vollen Betrag einer Forderung von 10 000 DM, B sich nur für 5 000 DM verbürgt, und befriedigt A den Gläubiger, so könnte er nach der Ansicht von Emmerich von B 5 000 DM ersetzt verlangen; ein unmögliches Ergebnis, denn danach hätte B bis zur Höhe seiner Bürgschaftssumme im Verhältnis zu A den ganzen Schaden zu tragen.

23) Man ist sich heute darüber einig, daß es sich bei der Gesamtschuld um ein Bündel gesonderter Obligationen handelt; vgl. Enneccerus-Lehmann § 90 II 1, Larenz, SchuldR Bd. I § 33 I (S. 357 f.), jeweils mit Nachweisen.

24) Der Forderungsübergang setzt nicht voraus, daß der Bürge zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt war; Lueg, S. 14; Förster, S. 2. - Zum Be-

Ersatz sämtlicher Aufwendungen verlangen[25])

c) Für das Verhältnis der Mitbürgen untereinander finden sich im Gesetz zwei Ansatzpunkte: Einmal ist der § 769 in Betracht zu ziehen. Wenn er bestimmt, daß Mitbürgen als Gesamtschuldner haften, so verweist er, wie bereits gesagt, auf die §§ 421 ff.; demnach müßte auch § 426, der die Innenbeziehungen von Gesamtschuldnern regelt, zur Anwendung kommen. Andererseits findet sich in § 774 Abs. 2 die Vorschrift: "Mitbürgen haften einander nur nach § 426". Die Frage, wie die §§ 769 und 774 Abs. 2 in die Systematik des Gesetzes einzuordnen sind, ist sehr streitig. Die Auseinandersetzung darüber ist zwar für die Mitbürgschaft nicht sehr bedeutsam, denn man ist sich im Ergebnis darüber einig, daß der zahlende Bürge von seinen Mitbürgen im Zweifel anteiligen Ausgleich verlangen kann. Trotzdem muß zu ihr ausführlich Stellung genommen werden, denn wegen der Verweisung des § 1225 S. 2 auf § 774 Abs. 2 spielt sie für die Ausgleichsfrage beim Mobiliargesamtpfandrecht eine große Rolle.

3. Die gesetzliche Regelung für das Innenverhältnis der Mitbürgen kann auf dreierlei Weise ausgelegt werden, und jede Lösungsmöglichkeit hat auch Anhänger gefunden.

a) Aus dem Wortlaut des § 769: Mitbürgen "haften als Gesamtschuldner" und aus dem des § 774 Abs. 2: "Mitbürgen haften einander nach § 426" könnte man schließen, daß die erste Bestimmung sich auf das Außenverhältnis zum Gläubiger, die zweite sich auf das Verhältnis der Mitbürgen untereinander bezieht[26]). Dann wäre es also allein der § 774 Abs. 2, der § 426 (und zwar den ganz

---

friedigungsrecht des Bürgen: Faß, S. 5ff.; Eschle, S. 16ff.; Merländer, S. 25 f.

25) Zur Geltendmachung beider Ansprüche nebeneinander s. Kremer, S. 128f., Koban, S. 40f.; Forster, S. 23; Eschle, S. 36; Merländer, S. 40.

26) So vor allem Kremer, S. 172f. Auch Förster, S. 13, Forster, S. 35f., Quedenfeld, S. 28 und Vahldiek, S. 11, neigen dieser Ansicht zu. - Wenn Kremer, S. 202ff., sie allerdings dahin weiterentwickelt, daß die Gläubigerrechte gegen die Mitbürgen nach § 774 Abs. 1 in vollem Umfang auf den zahlenden Bürgen übergehen und aus § 774 Abs. 2 i. Verb. m. § 426 Abs. 1 nur zu entnehmen ist, was mit diesen Rechten "erreicht werden" kann, so ist dies mit dem Wortlaut des Gesetzes und mit seiner Entstehungsgeschichte schlechterdings unvereinbar. Nur Boethke, S. 859, hat diesen Standpunkt geteilt; im übrigen ist er durchweg abgelehnt worden; vgl. Bendix, S. 87 f.; Tacken, S. 36; Dähne, S. 65; Schneider, S. 5ff.; Oellers, S. 12 ff.; Braun-Melchior, S. 181 Anm. 18; Tasse, S. 19 f.; Muermann, S. 29 f.; K. Weiß, S. 41.

zen § 426) auf Mitbürgen für anwendbar erklären und dadurch dispositiv einen anteiligen Ausgleich unter ihnen festlegen würde.

b) Das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander könnte auch folgendermaßen bestimmt werden: Man kann dem § 769 zwar entnehmen, daß sämtliche Vorschriften des BGB über die Gesamtschuld für Mitbürgen gelten, also auch die des § 426, die sich auf das Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander beziehen. Aber § 774 Abs. 2 wiederholt die Verweisung auf § 426, was eigentlich nicht nötig wäre, was jedoch bei dem Gegensatz des § 426 Abs. 2 zu § 774 Abs. 1 der Klarstellung dient und außerdem mit der Verweisung des § 1225 S. 2 auf § 774 Abs. 2 erklärt werden kann. Jedenfalls sorgt - neben dem § 769 - auch § 774 Abs. 2 dafür, daß Mitbürgen einander nach § 426 zum Ausgleich nach gleichen Teilen verpflichtet sind[27]. Eine andere Version der gleichen Auslegung geht dahin: Es ist müßig, sich den Kopf darüber zu zerbrechen, ob das Innenverhältnis der Mitbürgen sich schon allein auf Grund von § 769 nach § 426 richten würde, denn § 774 Abs. 2 enthält ja eine klare Verweisung auf diese Vorschrift[28].

c) Man kann schließlich auch so argumentieren: Wenn § 769 bestimmt, daß Mitbürgen "als Gesamtschuldner" haften, so bedeutet das, daß auf sie die Gesamtschuldregeln des BGB schlechthin Anwendung finden. § 769 verweist also u.a. auch auf § 426. Gemäß §§ 769, 426 Abs. 1 sind Mitbürgen einander im Zweifel zum Ausgleich nach Köpfen verpflichtet. Nach §§ 769, 426 Abs. 2 gehen die Rechte des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen insoweit, aber auch nur insoweit über, als er von diesen auf Grund von §§ 769, 426 Abs. 1 Ausgleichung verlangen kann. Nun erwirbt aber der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, nach § 774 Abs. 1 auch die Hauptforderung des Gläubigers gegen den Schuldner. Das ist eine gesetzliche Forderungsübertragung i. S. v. § 412; deshalb gehen mit der Hauptforderung auch die für sie bestehenden Nebenrechte, so die Rechte aus einer anderen Bürgschaft, auf den zahlenden Bürgen über, § 401. Danach würde er die Ansprüche gegen seine Mitbürgen in vollem Umfang erwerben. Die §§ 769, 426 Abs. 2 stehen also mit den §§ 774 Abs. 1, 412, 401 im Widerspruch. § 774 Abs. 2 stellt nun klar, daß sich das Verhältnis der Mitbürgen untereinander allein nach §§ 769, 426 Abs. 2 richten soll, daß die §§ 774 Abs. 1, 412, 401 darauf keine Anwendung finden sollen. Man muß den § 774 Abs. 2 somit im Zusammenhang mit Abs. 1 sehen: seine Bedeutung liegt darin, daß er den Abs. 1 teilweise, nämlich für das Innenver-

---

27) Evers, S. 19; Oellers, S. 35 f. (im Gegensatz zu seinen Ausführungen S. 14 f.); Quedenfeld, S. 28 ff.

28) Auf diesen Standpunkt stellt Vahldiek, S. 11 ff., sich schließlich, nachdem er zunächst mit der unter a) dargelegten Ansicht sympathisiert hatte.

hältnis der Mitbürgen ausschließt, nicht darin, daß er einen anteiligen Ausgleich zwischen ihnen anordnet. Diese Anordnung, die ja schon im § 769 liegt, wird im § 774 Abs. 2 als gegeben vorausgesetzt [29].

4. Welche Meinung verdient den Vorzug?

a) Damit, daß all diese Lösungsversuche als mögliche Auslegungen bezeichnet wurden, ist bereits gesagt, daß der Wortsinn der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, der als Auslegungsgrenze anzusehen ist [30], jeden dieser Versuche deckt. Auch wenn man auf den Bedeutungszusammenhang und die Systematik des Gesetzes abstellt, kann keine der genannten Lösungen von vornherein ausgeschieden werden, denn nach den Ausführungen zu 3. läßt sich jede von ihnen in das System unseres Bürgschaftsrechts einfügen. Immerhin kann unter diesem Gesichtspunkt gesagt werden, daß die Ansicht 3 a), wonach § 769 keinerlei Bedeutung für das Innenverhältnis der Mitbürgen haben soll, am wenigsten einleuchtet, während für die Ansicht 3 c) am meisten spricht: Das Wörtchen "nur" und die Anfügung als Abs. 2 deuten darauf hin, daß durch § 774 Abs. 2 der Abs. 1 eingeschränkt werden sollte; die Fassung des Abs. 2 läßt darauf schließen, daß durch ihn die Anwendung des § 426 auf das Verhältnis der Mitbürgen untereinander nicht erstmals vorgeschrieben werden sollte, sondern bereits an anderer Stelle angeordnet war und hier nur bestätigt werden sollte. Auch ist die Annahme, das Gesetz wiederhole einfach in § 774 Abs. 2 etwas, was es an sich schon in § 769 gesagt habe, nicht so naheliegend wie die Erklärung, daß mit § 774 Abs. 2 der Widerspruch zwischen §§ 769, 426 Abs. 2 einerseits und §§ 774 Abs. 1, 412, 401 andererseits gelöst werden sollte, denn dieser Widerspruch, nicht die Anwendung des § 426 Abs. 1 auf Mitbürgen, würde Zweifel auslösen, wenn § 774 Abs. 2 entfiele.

---

29) So Planck-Oegg 7, RGRK-Fischer 11, Palandt-Gramm 2 g, alle zu § 774; Planck-Flad 2 cδ, RGRK-Kregel 2, je zu § 1225; Barkhausen S. 9 f. (vgl. aber S. 21 f.); Sternberg, S. 546; Schneider, S. 3 ff.; Merländer, S. 51 ff.; Oellers, S. 12 ff. (anders S. 35 f.); Braun-Melchior, S. 188 f.; Tasse, S. 18 f.; Muermann, S. 29; Dorst, S. 67 f. Ebenso zum Verhältnis der beiden Absätze des § 774 zueinander Cohn, S. 413, und K. Weiß, S. 40 f; doch soll nach ihnen § 426 auf Mitbürgen unmittelbar Anwendung finden und zum anteiligen Ausgleich führen. - Die Frage, ob die §§ 774 Abs. 1, 412, 401 hinsichtlich der Gläubigerrechte gegen Mitbürgen ganz ausgeschlossen werden oder in einer durch § 426 modifizierten Form zur Anwendung kommen sollen, wird meist nicht behandelt. Ausdrücklich im ersten Sinne Tacken, S. 36 f.; dagegen Tasse, S. 20; s. dazu auch unten S. 94.

30) So mit Recht Larenz, Methodenlehre, S. 243; vgl. auch BGH L-M Nr. 3 zu § 133 (D); a.A. Bender, S. 599.

Allerdings: dieses Ergebnis ist nicht eindeutig genug. Es muß daher auf der nächsten Stufe der "progressiven Auslegung" [31], der Erforschung der Entstehungsgeschichte der betreffenden Normen, bestätigt oder berichtigt werden.

b) Die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte bedarf einer kurzen Rechtfertigung, denn vom Standpunkt einer rein "objektiven" Auslegungsmethode aus, nach der allein der im Gesetz zum Ausdruck kommende, "objektivierte" normative Gehalt maßgebend ist, wäre sie abzulehnen. Man hat in neuerer Zeit jedoch erkannt, daß weder die objektive, noch die subjektive Theorie in ihrer Einseitigkeit befriedigen kann, daß bei der Gesetzesauslegung vielmehr "subjektive" und "objektive" Kriterien nebeneinander (oder besser: nacheinander) zu verwenden sind, die sich gegenseitig ergänzen und korrigieren [32]. Eines der subjektiven Kriterien ist die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Die "Normvorstellungen" der Gesetzesverfasser sind für die Interpretation zwar nicht in gleicher Weise verbindlich, wie die Rechtssätze selbst und die in ihnen zum Ausdruck gekommenen Grundentscheidungen des Gesetzgebers, aber sie können oft wichtige Anhaltspunkte für das Verständnis der Rechtssätze geben und sind insoweit bei der Auslegung zu beachten [33].

c) Die Entstehungsgeschichte der §§ 769, 774 ist wiederholt dargestellt worden. Da diese Darstellungen aber in den Ergebnissen sehr weit auseinander gingen [34], kann auf eine neue, sorgfältige Untersuchung nicht verzichtet werden.

Der dem jetzigen § 769 entsprechende § 673 des 1. Entwurfs lautete:
"Haben mehrere für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners sich verbürgt (Mitbürgen), so haften sie als Gesamtschuldner. Es macht keinen Unterschied, ob die Verbürgung zu derselben Zeit oder zu verschiedener Zeit, gemeinsam oder nicht gemeinsam geschehen ist."
In den Motiven zu dieser Bestimmung[35] wird zunächst ausführlich das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger behandelt. Dann heißt es[36]: "In Ansehung des Regresses unter den mehreren Mitbürgen ist im Hinblicke auf die Bestimmung des § 337 (entspricht dem § 426 BGB) eine besondere Vorschrift entbehrlich". Daraus

---

31) Bender, S. 597 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 247 ff.
32) Larenz, Methodenlehre, S. 241; Bender, S. 597, m. weiteren Angaben.
33) Larenz, S. 248.
34) Vgl. einerseits Braun-Melchior, S. 193 ff.; Muermann, S. 33 f.; andererseits Quedenfeld, S. 29 f.; Vahldiek, S. 11 f.
35) Motive, Bd. II, S. 666 f.
36) AaO., S. 667.

geht m.E. eindeutig hervor, daß die Verfasser des 1. Entwurfs der Meinung waren, ihr § 673 verweise auf das Gesamtschuldrecht schlechthin und damit auch auf ihren § 337 [37].

Der § 676 d. 1. Entw., aus dem § 774 BGB hervorgegangen ist, bestimmte: "Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, wird auf ihn dessen Forderung gegen den Hauptschuldner kraft des Gesetzes übertragen; die mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur nach Maßgabe des § 337 Abs. 2, 3 auf den Bürgen über. Zum Nachteile des Gläubigers kann die Übertragung nicht geltend gemacht werden.

Dem Hauptschuldner bleiben die Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse, dem Bürgen die Ansprüche aus einem solchen besonderen Rechtsverhältnisse vorbehalten."

§ 337 d. 1. Entw. (§ 426 BGB) lautete:
"Soweit nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes sich ergibt, gelten im Verhältnis zueinander die Gesamtgläubiger als zu gleichen Anteilen berechtigt, die Gesamtschuldner als zu gleichen Anteilen verpflichtet.
Ein Gesamtschuldner, welcher mehr als seinen Anteil geleistet hat, kann insoweit, als er Ersatz von den übrigen Gesamtschuldnern zu verlangen berechtigt ist, auch die Rechte des Gläubigers geltend machen. Zum Nachteile des Gläubigers kann die Übertragung nicht geltend gemacht werden."
(Abs. 3 ist im vorliegenden Zusammenhang uninteressant.)

§ 676 verwies also nicht auf § 337 Abs. 1, der bestimmte, daß Gesamtschuldner einander im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet seien. Bezieht man die Verweisung auf § 337 Abs. 2 in den Text des § 676 ein, so hatte der für Mitbürgen geltende Teil dieser Vorschrift folgenden Wortlaut: "... die mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur insoweit auf den Bürgen über, als er von diesen Mitbürgen Ersatz zu verlangen berechtigt ist". Die Antwort auf die Frage, wann und in welchem Umfange der Bürge von seinen Mitbürgen Ersatz verlangen konnte, blieb offenbar den §§ 673, 337 Abs. 1 vorbehalten.

Während § 673 d. 1. Entw. im wesentlichen unverändert in den 2. (als § 709) und 3. Entwurf und ins BGB kam, wurde der § 676 d. 1. Entw. von der 2. Kommission neu gefaßt; als § 713 d. 2. Entw. lautete er:

---

37) Wie Vahldiek, S. 12, aus dieser Stelle das Gegenteil schließen will, ist mir unerfindlich.

"Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Übergang nicht geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.
Mitbürgen haften einander nur nach § 369."

Der in Bezug genommene § 369, der aus § 337 d. 1. Entw. hervorgegangen war, bestimmte:
"Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der ihm obliegende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zum Ausgleich verpflichteten Schuldnern zu tragen.
Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat und Ausgleichung von den übrigen Schuldnern verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Übergang nicht geltend gemacht werden."

Worin liegt die Bedeutung dieser Neufassung ? Sollte der die Mitbürgen betreffende Teil des § 713 gegenüber § 676 d. 1. Entw. einen neuen Inhalt bekommen ? Auf diese Fragen geben die Protokolle der 2. Kommission eine klare Antwort. Dort heißt es wörtlich[38]: "Gegenüber dem Abs. 1 des § 676 bezweckt der" - auf die dann vorgenommene Änderung gerichtete - "Antrag nur eine Fassungsänderung. Von lediglich redaktioneller Bedeutung war es auch, daß der Antrag den § 337 ganz, der Entwurf dagegen nur den § 337 Abs. 2, 3 für anwendbar erklärt, da sich die Anwendbarkeit des § 337 Abs. 1 auch im Entwurf aus § 673 von selbst ergibt." Zwischen den §§ 709 und 713 d. 2. Entw. sollten "die Rollen" also genau so verteilt werden, wie zwischen den §§ 673 und 676 d. 1. Entw. Deshalb muß die Bestimmung, daß Mitbürgen untereinander im Zweifel zu gleichen Teilen verpflichtet seien, in den §§ 709, 369 Abs. 1 enthalten gewesen sein. § 713 Abs. 2 muß trotz der gegenüber § 676 d. 1. Entw. verkürzten und vereinfachten Ausdrucksweise folgenden Inhalt gehabt haben: "Die Rechte des Gläubigers gegen Mitbürgen gehen jedoch nicht (auf Grund ihrer Eigenschaft als Nebenrechte der Hauptforderung) in vollem Umfang, sondern nur insoweit auf den Bürgen über, als er von den Mitbürgen nach §§ 709, 369 Ausgleichung verlangen kann".

Da die §§ 369, 709, 713 d. 2. Entw. nur im Wortlaut leicht geändert in den

---

38) S. Mugdan, Bd. III, S. 1027.

3. Entwurf und dann als §§ 426, 769, 774 ins BGB übernommen wurden, ist davon auszugehen, daß diese Vorschriften denselben Inhalt und im Verhältnis zueinander dieselbe Bedeutung haben sollten.

d) Die Entstehungsgeschichte ist - so wurde oben gesagt - eines der "subjektiven" Auslegungskriterien, also keineswegs die einzige oder auch nur die wichtigste Richtschnur bei der Gesetzesauslegung. Mit Recht betont Larenz[39], daß sie hinter die (teils subjektiven, teils objektiven) teleologischen Kriterien zurücktreten muß. Das an Hand der Entstehungsgeschichte gefundene Ergebnis müßte also berichtigt werden, wenn es mit dem Zweck, den der Gesetzgeber ursprünglich mit den §§ 769, 774 verfolgt hat, nicht in Einklang stünde oder wenn es wegen einer grundlegenden Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder der Rechtsanschauungen in der Zwischenzeit untragbar geworden wäre. Von alledem kann aber keine Rede sein, denn jede in Frage kommende Auslegung gelangt schließlich zu einem anteiligen Ausgleich unter den Mitbürgen.

Damit hat sich die Lösung 3 c) endgültig als richtig erwiesen. Der § 774 muß wie folgt interpretiert werden: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. ... Die Rechte des Gläubigers gegen Mitbürgen erwirbt der Bürge aber nicht gemäß §§ 412, 401 in vollem Umfang, sondern nur, soweit er von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann. - Die Vorschrift, daß Mitbürgen im Verhältnis zueinander im Zweifel zu gleichen Teilen verpflichtet sind, ist in den §§ 769, 426 Abs. 1 - und nur in ihnen - enthalten.

5. Wozu führt diese Lösung im einzelnen ?

a) Nach §§ 769, 426 Abs. 1 S. 1 sind Mitbürgen im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Zunächst ist also jeweils zu prüfen, ob über die Verpflichtung der einzelnen Mitbürgen, zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen, etwas Besonderes bestimmt ist[40]. Das ist in erster Linie dann der Fall, wenn die Mitbürgen hierüber Vereinbarungen getroffen haben. Beispiel: S braucht Geld. A ist bereit, sich für einen Kredit, den G dem S gewähren soll, zu verbürgen. G verlangt aber, daß S einen weiteren Bürgen stellt. B will die zusätzliche Bürgschaft nur unter der Voraussetzung leisten, daß im Falle der Zahlungsunfähigkeit des S A im Verhältnis zu B den ganzen Schaden allein trägt. Damit ist A einverstanden.

---

39) Methodenlehre, S. 258; vgl. auch Bender, S. 600 f.

40) Zur Beweislast s. unten S. 26 Note 52.

Gesetzliche Sondervorschriften werden bei Mitbürgen (im Gegensatz zur Gesamtschuld) kaum je eingreifen [41]. Dagegen kann sich aus den gesamten Umständen des Einzelfalles ein besonderer Verteilungsmaßstab ergeben (stillschweigende Vereinbarung). Beispiel: A möchte von G ein Darlehen haben. Da er aber mit Schwierigkeiten bei G rechnet, tritt S, der Freund des A, der G gut kennt, diesem gegenüber als Darlehensnehmer auf. Als G die Stellung zweier Bürgen verlangt, verbürgen sich A und ein weiterer Freund B für die Darlehensforderung. Daraufhin erhält S das Geld, das er an A weitergibt. Hier ist, auch wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden, A im Verhältnis zu S und B allein zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet, da er materiell der Schuldner ist. Erfüllt er diese Pflicht, so kann er von seinem Mitbürgen B keinen Ausgleich verlangen. - Dem Reichsgericht [42] hat der Fall vorgelegen, daß mehrere Gesellschafter einer GmbH sich für Schulden der Gesellschaft verbürgt hatten und dann einer von ihnen vom Gläubiger in Anspruch genommen wurde. Mit Recht entschied das Reichsgericht, die Gesellschafter seien einander entsprechend der Höhe ihrer Geschäftsanteile zur Ausgleichung verpflichtet, weil zwischen der Beteiligung an der Gesellschaft und der Verbürgung ein enger sachlicher Zusammenhang bestehe.

Ist weder einer Vereinbarung, noch einer gesetzlichen Vorschrift, noch den gesamten Umständen der Verbürgung ein Verteilungsmodus zu entnehmen, so sind die Mitbürgen im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet. Das bedeutet zweierlei: Verlangt der Gläubiger von einem der Mitbürgen Befriedigung, so haben die übrigen Mitbürgen gegenüber dem in Anspruch genommenen die Pflicht, anteilig zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen, also ihren Kopfteil an der gemeinsamen Bürgschaftssumme an den Gläubiger zu zahlen. Und zum andern: hat ein Bürge die ganze Summe allein bezahlt, so kann er von den übrigen verlangen, daß sie zum Ausgleich ihren Kopfteil an ihn leisten [43]. Die Ausgleichspflichtigen haften ihm aber nur je für ihren Anteil [44], nicht etwa als Gesamtschuldner für die Summe sämtlicher Ausgleichsansprüche [45].

---

41) Vgl. aber BGH MDR 1959, 277 f.

42) RGZ 88, 122 ff. (124 ff.); RG WarnRspr. 1914 Nr. 247; zustimmend Staudinger-Brändl 16, RGRK-Fischer 5, je zu § 774; vgl. auch RGZ 117, 1 ff.

43) Dieser Ausgleichsanspruch ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 426 Abs. 1 S. 1, muß, wie aus § 426 Abs. 2 S. 1 hervorgeht, aber trotzdem dort seinen Sitz haben; vgl. Emmerich, S. 514, m. weiteren Nachweisen.

44) So die ganz überwiegende Meinung; vgl. etwa Tacken, S. 32 ff.; Koban, S. 156 f., 174; Oellers, S. 19; ebenso alle neueren Kommentare und Lehrbücher zu § 426.

45) Für den internen Ausgleichsanspruch behaupten das auch diejenigen nicht,

Das ist unproblematisch, wenn der Gläubiger durch einen der Mitbürgen in vollem Umfang befriedigt wird. Für den Fall einer bloßen Teilzahlung dagegen vertritt Wüllenweber [46] eine abweichende Lösung. Er geht von folgendem Beispiel aus: Für eine Forderung von 1 000 M seien A, B, C, D und E als Gesamtschuldner verhaftet. Zahle nun A 300 M an den Gläubiger, so könne er von jeden der anderen 100 M Ausgleich verlangen, insgesamt allerdings nur 100 M. Denn ursprünglich habe A von jedem seiner Mitschuldner Zahlung von 200 M an den Gläubiger verlangen können, zur Zahlung von 200 M sei er den andern selbst verpflichtet gewesen. Durch seine Leistung habe A also in Höhe von 200 M lediglich seine Pflicht gegenüber den andern erfüllt; wegen des überschießenden Betrages könne er von jedem, der seine Verpflichtung zur anteiligen Befriedigung des Gläubigers nicht erfüllt habe, Zahlung von 100 M an sich, von weiteren 100 M an den Gläubiger verlangen. Da jeder Mitschuldner von A auf 100 M in Anspruch genommen werden könne, handle es sich um eine solidarische Verpflichtung der Mitschuldner. Habe A 500 M an den Gläubiger gezahlt, so habe er, da im Innenverhältnis kein Schuldner über seinen Anteil leisten müsse, einmal eine "Gesamtforderung" gegen B, C, D und E in Höhe von 200 M, darüber hinaus aber gegen C, D und E eine weitere "Gesamtforderung" von 100 M, wenn B ihm 200 geleistet habe. Diese Grundsätze müßten auch auf Mitbürgen Anwendung finden.

Wüllenweber geht davon aus, daß ein Bürge von seinen Mitbürgen nur insowe Ausgleichung verlangen kann, als er über seine eigene Quote hinaus an den Gläubiger gezahlt hat. Unterstellen wir zunächst, diese Annahme sei richtig. Dann ist aber immer noch nicht einzusehen, warum A bei einer Leistung von 300 M an den Gläubiger von jedem Mitbürgen 100 M, bei einer Leistung von 500 von jedem 200 und, nachdem er diese von einem Mitbürgen eingezogen hat, von jeder der übrigen weitere 100 M als Ausgleich soll verlangen können. Nach § 426 Abs. S. 1 soll derjenige, der den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat, anteiligen Ausgleich erhalten, d.h.: der Betrag, der nach Abzug des auf den Zahlenden selbst entfallenden Anteils übrigbleibt, soll auf die Mitbürgen nach Köpfen verteilt werden. Hat A also 500 M an den Gläubiger geleistet und hat er davon 200 M selbst zu tragen, so kann er von jedem Mitbürgen nur 75 M ersetzt verlangen. Wüllenweber hat also unrecht, wenn er - sei es auch nur bis zur Höhe der Anteilsquote - eine gesamtschuldnerische Haftung der übrigen Bürgen annimmt.

Die Ausgleichspflichtigen können nur dann einmal Gesamtschuldner des Ausgleich
---
die annehmen, daß die Ausgleichspflichtigen hinsichtlich der nach §§ 769, 426 Abs. 2 übergehenden Gläubigerrechte Gesamtschuldner bleiben. S. z.B. Kremer, S. 186.

46) S. 24 ff., 38, im Anschluß an Hruza, SächsArch 5, 295.

berechtigten sein, wenn nicht alle Mitbürgen im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Beispiel: A und B erbieten sich, für einen Kredit, den S von G bekommt, die Bürgschaft zu übernehmen. G legt aber Wert darauf, daß C sich zusätzlich verbürgt. Dieser erklärt sich dazu bereit, nachdem A und B ihm zugesichert haben, jeder von ihnen wolle C vollen Ersatz leisten, falls er vom Gläubiger in Anspruch genommen werde. Muß C zahlen, so haften ihm A und B als Gesamtschuldner auf Ersatz [47].

Nun zurück zur Behauptung Wüllenwebers, der zahlende Bürge könne von seinen Mitbürgen nur insoweit Ausgleichung verlangen, als er über seinen Kopfteil hinaus den Gläubiger befriedigt habe! Vorab sollen die Fälle behandelt werden, in denen die Hauptforderung nicht auf einmal, sondern in Raten fällig wird. Beispiel: Die Darlehensschuld des S gegenüber G in Höhe von 2000 DM, für die A und B sich selbstschuldnerisch verbürgt haben, ist in Raten von 200 DM zurückzuzahlen, von denen die erste am 15. Mai fällig wird, die restlichen jeweils am 15. der folgenden Monate. Verlangt G von A am 20. Mai Bezahlung der ersten Rate und kommt A dieser Aufforderung nach, so kann er alsbald von B Ausgleichung in Höhe von 100 DM verlangen, obwohl seine eigene Quote bei Berücksichtigung sämtlicher Raten 1000 DM beträgt. Dieses Ergebnis, das von niemand bestritten wird, rechtfertigt sich dadurch, daß die fällige Forderung des Gläubigers, zu deren Begleichung die Mitbürgen anteilig beizutragen haben, sich zur Zeit nur auf 200 DM beläuft und daß es unbillig wäre, A die zuerst fälligen Raten allein tragen zu lassen, während B fünf Monate lang überhaupt nichts zu zahlen brauchte.

Wie ist aber der folgende Sachverhalt zu beurteilen: Die ganze Forderung des G von 2000 DM ist bereits fällig. G fordert von A 500 DM. A kommt dieser Aufforderung nach und verlangt dann von seinem Mitbürgen B Ausgleichung in Höhe von 250 DM. B weist dieses Ansinnen mit der Begründung zurück, A sei im Verhältnis zu ihm zur anteiligen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet; diese Pflicht habe A mit der Zahlung von 500 DM erst zur Hälfte erfüllt. A erwidert, es stehe noch nicht fest, ob der Hauptschuldner S für den Rest der Schuld nicht selbst aufkomme; wenn man aber nicht einmal wisse, wieviel die Bürgen schließlich zu tragen hätten, sei es ihm nicht zuzumuten, den Teilbetrag von 500 DM allein vorzuschießen.

---

47) Diese Fallgestaltung ist bei Forster, S. 28 angedeutet. Vgl. auch das Beispiel bei Förster, S. 17; der Lösung des Alternativfalles kann ich allerdings nicht zustimmen (s. unten S. 25 f. und 29 ff.).

Blomeyer [48] hält dieses letzte Argument nicht für stichhaltig: Im gesetzlichen Normalfall könne es wegen der Einrede der Vorausklage erst zu einem Ausgleichsanspruch kommen, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos verlaufen sei; dann stehe praktisch aber auch fest, wieviel die Bürgen zu zahlen hätten. Selbstschuldnerische Bürgen seien dagegen zur Bezahlung der ganzen Schuld schon dann verpflichtet, wenn der Schuldner bei Fälligkeit nicht zahle. Sie müßten alsbald für die Befriedigung des Gläubigers sorgen und dürften nicht abwarten, ob der Hauptschuldner nicht doch noch zahle. Die Pflicht zur anteilige Leistung an den Gläubiger bestehe unabhängig davon, ob und in welcher Höhe der Gläubiger tatsächlich einen von ihnen belange, solange die Quoten nicht überschritten seien.

Soweit es sich um Mitbürgen handelt, die auf die Einrede der Vorausklage nicht verzichtet haben, muß man den Ausführungen Blomeyers zustimmen, denn wenn der in Anspruch genommene Bürge jene Einrede auch nicht geltend zu machen braucht, so kann er doch von seinem Mitbürgen so lange keine Ausgleichung verlangen, als dieser die Einrede noch hat. Unrichtig ist dagegen Blomeyers Standpunkt für selbstschuldnerische Bürgen: Diese haften zwar nach außen, dem Gläubiger gegenüber, in gleicher Linie mit dem Hauptschuldner. Im Innenverhältnis ist der Hauptschuldner aber in all den Fällen, in denen er auch materiell Hauptschuldner ist, den Bürgen gegenüber zur alleinigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Diese Tatsache beeinflußt auch die Beziehungen der Mitbürgen untereinander, die allein die Grundlage für den Anspruch des einen gegen den andern auf anteiligen Beitrag zur Befriedigung des Gläubigers bilden. Dieser Anspruch kann daher - anders als bei normalen Gesamtschuldnern - niemals schlechthin bestehen, sondern nur insoweit, als der Gläubiger tatsächlich die Bürgen oder einen von ihnen in Anspruch nimmt und der Hauptschuldner nicht sogleich leistet. Folgerichtig muß man dem Bürgen, der eine unter seiner Quote liegende Teilleistung erbracht hat, eine Ausgleichsforderung zubilligen, wenn der Gläubiger die Bürgen noch nicht in voller Höhe in Anspruch genommen hat, denn der Zahlende war den Mitbürgen gegenüber nicht zur ganzen Teilleistung, sondern nur zur Beteiligung an ihr verpflichtet[49]. Dabei muß in Kauf genommen werden, daß der Gläubiger vielleicht gerade von dem hiernach ausgleichspflichtigen Bürgen den Rest fordert; dieser erwirbt dann ja seinerseits einen Ausgleichsanspruch gegen den Mitbürgen[50].

---

48) JZ 1957, 443 f.

49) In diesem Sinne auch BGHZ 23, 361 ff.; dieser Entscheidung haben sich sämtliche seither in Neuauflage erschienenen Kommentare und Lehrbücher angeschlossen. A.A. außer Blomeyer Dähne, S. 66 f.; Dorst, S. 37 f.

50) Das Beispiel, mit dem Dähne, S. 66, die h.M. ad absurdum zu führen sucht (von zehn Mitbürgen zahlt nacheinander jeder ein Zehntel der Bürgschaftssum

Aus dieser Stellungnahme geht bereits hervor, daß ein Bürge, der mehr als seine Quote an den Gläubiger geleistet hat, nicht nur für den diese Quote übersteigenden Betrag Ersatz verlangen kann, sondern daß wegen der ganzen Leistung anteiliger Ausgleich stattfindet. Das Beispiel von Wüllenweber ist also so zu lösen: Zahlt A 300 M an den Gläubiger, so kann er von jedem der vier Mitbürgen 60 M ersetzt verlangen, zahlt er 500 M, so kann er von jedem 100 M fordern.

Hat nicht nur einer von mehreren Mitbürgen Zahlungen an den Gläubiger geleistet, sondern hat noch ein anderer eine Teilleistung erbracht, so ist bei der Ausgleichung zu beachten, daß im Innenverhältnis keiner der Mitbürger insgesamt mehr als seinen Kopfteil aufzubringen braucht. Beispiel: Für die Forderung des G gegen S von 1200 DM sind A, B und C selbstschuldnerische Bürgen. Nach Fälligkeit der Schuld fordert G sämtliche Bürgen zur Zahlung auf. A befriedigt den G in Höhe von 900 DM, B zahlt die restlichen 300 DM. Hier hat A gegenüber B keinen Ausgleichsanspruch von 300 DM sondern nur einen solchen von 100 DM, weil B zusammen nur 400 DM zu tragen braucht.

Anteiligen Ausgleich kann ein Bürge immer nur für das verlangen, was er tatsächlich geleistet hat; das wird vor allem bei Zahlungen an Erfüllungs Statt bedeutsam. Beträgt die Hauptforderung des Gläubigers 1200 DM, erklärt er sich aber für abgefunden, als der Bürge A ihm ein Schmuckstück im Werte von 1000 DM übereignet, so kann A von seinen Mitbürgen B und C nur je 333 1/3 als Ausgleich verlangen. Andererseits stellt die Bürgschaftssumme aber die Höchstgrenze der ausgleichsfähigen Leistung dar. Ist das Schmuckstück also 1500 DM wert, so kann A von B und C nicht je 500 DM, sondern nur je 400 DM fordern [51]

b) Wie wirkt es sich aus, wenn einer der ausgleichspflichtigen Mitbürgen zahlungsunfähig ist? Nach §§ 769, 426 Abs. 1 S. 2 ist der Ausfall dann von den übrigen Mitbürgen im Verhältnis ihrer Anteile zu tragen. Primär Ausgleichspflichtiger bleibt aber der Zahlungsunfähige. Kommt er später wieder zu Geld, so hat er den übrigen Mitbürgen, die für ihn "bluten" mußten, das für seinen ausgefallenen Beitrag Aufgewendete zu erstatten. Beispiel: Für die Forderung des G gegen S von 1200 DM haften die selbstschuldnerischen Bürgen A, B und C. A befriedigt den G. Er fordert und erhält zunächst von B 400 DM Ausgleich. Dann stellt sich her-

---

me und fordert sogleich von den übrigen Ausgleichung) ist so wirklichkeitsfremd, daß es weder die h.M. erschüttern, noch die Gegenansicht stützen kann.

51) So auch Lueg, S. 13; Dähne, S. 56 f.; Happek, S. 53; Evers, S. 8 f.; Forster, S. 9; Oellers, S. 19.

aus, daß von C dessen Anteil von 400 DM nicht zu erlangen ist. A erwirbt nach § 426 Abs. 1 S. 2 einen sekundären Ausgleichsanspruch gegen B auf weitere 200 DM; den restlichen Ausfall muß er selbst tragen. Die primären Beitragsansprüche von A und B gegen C bestehen aber fort. Macht C nach einem Jahr eine reiche Erbschaft, so können sie von ihm je 200 DM ersetzt verlangen; dagegen kann B nicht von A die für den Ausfall geleisteten 200 DM zurückfordern.

c) Die §§ 769, 426 Abs. 2 S. 1, denen § 774 Abs. 2 gegenüber den §§ 774 Abs. 1, 412, 401 zum Durchbruch verhilft, bestimmen, daß die Forderung des Gläubigers gegen Mitbürgen auf einen Bürgen insoweit übergeht, als er den Gläubiger befriedigt und von seinen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann.

Was ist der Zweck dieses gesetzlichen Forderungsübergangs und wie ist er rechtstheoretisch zu erklären ? Der Rückgriff des zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen soll dadurch erleichtert werden, daß man ihm neben dem internen Ausgleichsanspruch noch die besonderen Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt, die der Gläubiger gegen die Mitbürgen hatte. Die Erleichterung besteht (anders als bei der cessio legis des § 774 Abs. 1) nicht in einer Verbesserung der Beweissituation des Bürgen; er muß beweisen, daß er im Innenverhältnis Ausgleichung verlangen kann, denn nur insoweit hat er ja die Gläubigerrechte erworben [52]). Sie kann aber einmal in der längeren Verjährungsfrist der Gläubigerforderung liegen, etwa dann, wenn der interne Ausgleichsanspruch auf einem besonderen Rechtsverhältnis beruht, und vor allem darin, daß die für die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen bestehenden Vorzugs- und Nebenrechte auf den zahlenden Bürgen mit übergehen. Beispiel: Für die Forderung des G gegen S haben A und B Bürgschaft geleistet. Zur Sicherung seiner Bürgschaftsverpflichtung hat B an seinem Grundstück dem G eine Hypothek bestellt. Bei Fälligkeit der Forderung ist S zahlungsunfähig, und auch B befindet sich in Vermögensverfall; vor allem ist sein Grundstück jetzt "bis zum Schornstein" mit Grundpfandrechten belastet. G hält sich an A und wird von diesem befriedigt. Hätte A gegen B nur den Ausgleichsanspruch nach §§ 769, 426 Abs. 1, so würde er leer ausgehen; er könnte allenfalls im Wettlauf mit anderen Gläubigern des B versuchen, die auf diesen übergegangene Hypothek pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Nun aber erwirbt er gemäß §§ 769, 426 Abs. 2 die Forderung des Gläubigers gegen B zur Hälfte und mit ihr nach §§ 412, 401 in gleichem Umfang auch die - vielleicht erstrangige - Hypothek am Grund

---

52) Ein Ausgleichsanspruch in Höhe eines Kopfteils ist allerdings durch den Nachweis, daß die Parteien Mitbürgen waren, schon ausreichend belegt. Der Beklagte hat dann seinerseits zu beweisen, daß ein Ausgleich ausgeschlossen wurde oder daß der Kläger im Verhältnis zu ihm zur vollen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war.

stück des B, aus der er sich wegen seiner Ausgleichsforderung befriedigen kann.

Die Konstruktion der cessio legis, die von den meisten Autoren nur im Zusammenhang mit § 774 Abs. 1 behandelt wird, ist stark umstritten. Auf eine Darstellung und Kritik der verschiedenen dazu vertretenen Theorien kann hier verzichtet werden[53]. Sinnvoll und richtig kann nur eine Erklärung des Forderungsübergangs sein, die streng an Wortlaut und Systematik des Gesetzes orientiert ist. Eine solche soll im folgenden versucht werden.

Der Bürge wird stets auf die Bürgschaftsschuld zahlen. Er könnte zwar auch, gleichsam "als außenstehender Dritter", ausdrücklich die Hauptschuld tilgen; dadurch würde er aber lediglich seinen Eintritt in die Hauptforderung unmöglich machen und sich so selbst schädigen. Erfüllt der Bürge seine eigene Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, so erlischt diese, § 362. Die Zahlung auf die Bürgschaftsforderung kann die Hauptforderung jedoch nicht völlig unberührt lassen, denn die Bürgschaft ist ja nur ein unselbständiges Nebenrecht der Hauptforderung, dazu bestimmt, die Befriedigung des Gläubigers wegen dieser Forderung zu sichern und zu erleichtern. Der Bürge hat mit seiner Zahlung also nicht bloß die von ihm selbst geschuldete Leistung, sondern damit zugleich die vom Hauptschuldner geschuldete Leistung bewirkt, so daß eigentlich auch die Hauptforderung nach § 362 erlöschen müßte. Dies hat der Gesetzgeber durch die Sondervorschrift des § 774 Abs. 1 (dasselbe gilt für die §§ 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2 i. Verb. m. 268 Abs. 3) verhindert: Der Gläubiger, der bekommen hat, was er zu beanspruchen hatte, soll die Forderung zwar verlieren. Sie soll aber nicht untergehen, sondern dem Rückgriff des zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner dienstbar gemacht werden. Daher wird die Forderung durch das Gesetz selbst vom Gläubiger auf den Bürgen übertragen, ohne daß es auf den Übertragungswillen des Gläubigers und den Erwerbswillen des Bürgen im Einzelfall ankommt [54].

Ganz ähnlich steht es mit den Ansprüchen des Gläubigers gegen die Mitbürgen des Zahlenden. Für sie greifen in erster Linie die §§ 769, 422 Abs. 1 ein, wonach die Erfüllung durch einen Mitbürgen auch für die anderen Mitbürgen wirkt. Auch diese Regel hat der Gesetzgeber aber zugunsten des den Gläubiger befriedigenden Bürgen durchbrochen. Er läßt die Gläubigerrechte gegen Mitbürgen zwar nicht nach

---

53) Literatur: Kremer, S. 18 f., 72, 74 ff., 95 f.; Strohal, DJZ 1903, 373; Barkhausen, S. 8 f.; Tacken, S. 11, 31; Dähne, S. 22 ff., 50, 58; Happek, S. 19 ff.; Evers, S. 2 ff.; Forster, S. 52 ff.; Faß, S. 69 ff.; Dorst, S. 39; Leichsering, S. 41; Eschle, S. 37 ff.; Merländer, S. 36 ff.; Oellers, S. 7 ff.

54) Im Ergebnis ebenso Tacken, S. 11; Evers, S. 2 f.

§§ 412, 401 in vollem Umfang auf den Leistenden übergehen; diese Vorschriften sind ja durch § 774 Abs. 2 ausgeschlossen. Er hat die §§ 769, 422 Abs. 1 jedoch durch § 769 i. Verb. m. der Sondernorm des § 426 Abs. 2 teilweise wieder aufgehoben: Soweit nämlich der zahlende Bürge von seinen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann, sollen auch die Gläubigerrechte gegen diese Mitbürgen seinen Rückgriff erleichtern; insoweit überträgt das Gesetz diese Rechte auf ihn. Im übrigen bleiben die §§ 769, 422 in Kraft.

Die teilweise Aufhebung der §§ 362, 422 ist ebenso unbedenklich wie die Anordnung des gesetzlichen Forderungsübergangs. Es unterliegt der Disposition des Gesetzgebers, ob er eine Forderung, die der anderweitig befriedigte Gläubiger nicht mehr benötigt, erlöschen lassen oder auf den überleiten will, der als zwar formeller, aber nicht zugleich materieller Schuldner den Gläubiger befriedigt hat. Grundprinzipien des Rechts und der Logik, die der positiven Rechtsordnung vorgegeben wären und von ihr nicht verletzt werden dürften, stehen der zweiten Lösung nicht entgegen [55].

Sowohl im Falle des § 774 Abs. 1 als auch in dem der §§ 769, 462 Abs. 2 findet also ein echter Forderungsübergang statt; die Forderungen, die der zahlende Bürge kraft dieser Vorschriften erwirbt, sind mit denen, die dem Gläubiger bisher zustanden, identisch. Der Bürge hat regelmäßig zwei Ansprüche gegen den Hauptschuldner - den Anspruch aus dem internen Rechtsverhältnis und die übergegangene Hauptforderung - und stets, sofern er überhaupt ausgleichsberechtigt ist, zwei Ansprüche gegen jeden Mitbürgen - den internen Ausgleichungsanspruch (§ 426 Abs. 1) und den durch Gesetz auf ihn übergeleiteten Anspruch (§ 426 Abs. 2) - [56]

In welchem Umfang vollzieht sich der Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2? Das Gesetz gibt eine doppelte Begrenzung: Selbstverständlich ist, daß die Forderung nur übergeht, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt. Die zweite Einschränkung besteht darin, daß der Bürge die Gläubigerrechte gegen seine Mitbürgen nur insoweit erwirbt, als er von diesen Ausgleichung verlangen kann. Die Anwendung dieser Regelung macht keine Schwierigkeiten, wenn A und B sich für die Forderung des G gegen S von 1200 DM verbürgt haben und A an G leistet. Nach

---

55) Vgl. zum letzten Punkt Forster, S. 61.

56) A.A. für das Verhältnis zu den Mitbürgen Tacken, S.31; Dorst, S.39; Leichsering, S.41: Es gebe in Wahrheit nur einen einzigen Anspruch, nämlich den Ausgleichungsanspruch des § 426 Abs. 1 S. 1; dieser werde durch 426 Abs. 2 nur insofern modifiziert, als fingiert werde, daß in ihm die ursprüngliche Forderung des Gläubigers fortlebe.

§§ 769, 426 Abs. 1 erlangt A im Zweifel einen Ausgleichsanspruch von 600 DM, und im gleichen Umfang geht nach §§ 769, 426 Abs. 2 auch die Bürgschaftsforderung des G gegen B auf A über. Wie ist es aber dann, wenn noch ein dritter Mitbürge, C, vorhanden ist ? Jetzt kann A von B und C Ausgleichung in Höhe von je 400 DM verlangen. Gehen nun die Rechte des G, dem sämtliche Bürgen gesamtschuldnerisch gehaftet haben, in der Weise auf A über, daß B und C Gesamtschuldner in Höhe von 800 DM bleiben ?

In §§ 769, 426 Abs. 2 hat der Gesetzgeber (anders als in § 774 Abs. 1) wohl deshalb von einer Forderungsübertragung in vollem Umfang abgesehen, weil er das Ausgleichungsverhältnis des § 426 Abs. 1, wonach, entsprechend der Gleichordnung aller Mitbürgen, jeder den anderen gegenüber nur zur Leistung seines Anteils verpflichtet ist, durch die cessio legis nicht stören, sondern noch unterstreichen wollte. § 426 Abs. 2 muß für Mitbürgen also so gelesen werden: Auf den zahlenden Bürgen gehen die Gläubigerrechte gegen jeden Mitbürgen insoweit über, als er von diesem Ausgleichung verlangen kann[57]. Da aber § 426 Abs. 1 die Ausgleichung zu gleichen Teilen vorsieht, sofern nichts anderes bestimmt ist, erwirbt der ausgleichsberechtigte Bürge auch die Gläubigerforderung gegen jeden ausgleichspflichtigen Mitbürgen im Zweifel nur in Höhe von dessen Quote. Für das obige Beispiel bedeutet das: Kann A von B und C nicht als von Gesamtschuldnern 800 DM, sondern von jedem nur 400 DM Ausgleich verlangen, so gehen auch die Rechte des G gegen B und C nur zu je 400 auf ihn über.

Die gesamtschuldnerische Verpflichtung der Mitbürgen, dieses Bündel von Einzelobligationen[58], wird also aufgelöst, eine Vervielfachung der Haftungslast aber dadurch vermieden, daß jede Einzelforderung auf den zahlenden Bürgen nur insoweit übergeleitet wird, als er von dem betreffenden Mitbürgen Ersatz fordern kann, während sie im übrigen erlischt. Im Regelfall einer Ausgleichung zu gleichen Teilen scheint die Bürgschaftsschuld jedes ersatzpflichtigen Mitbürgen somit auf einen der Zahl der Bürgen entsprechenden Teil ihrer ursprünglichen Höhe reduziert zu sein. Setzt man jedoch den § 426 Abs. 2 S. 1 in Beziehung zu § 426

---

57) Auf die Abhängigkeit des Forderungsübergangs nach § 426 Abs. 2 vom Ausgleichungsanspruch des § 426 Abs. 1 weisen hin: Koban, S. 174; Lueg, S. 42; Tacken, S. 28 ff.; Dähne, S. 61 ff.; Schneider, S. 4; Merländer, S. 54 f.; Oellers, S. 23 f.; K. Weiß, S. 42; ebenso Wüllenweber, S. 29, für den aber zum internen Ausgleichsanspruch das bei Anm. 46 Gesagte zu beachten ist. Abweichend Kremer, S. 155 f., 174 ff. (für die Gesamtschuld); Boethke, S. 859; Evers, S. 4, 13 ff.; Haase, S. 20 f.

58) Vgl. Note 23 (oben S. 13).

Abs. 1 S. 2, so ergibt sich, daß die Bürgenhaftung der Ausgleichspflichtigen gegenüber dem Ausgleichsberechtigten sich hierin nicht erschöpfen kann. Das läßt sich am besten an einem kleinen Fall zeigen.

Leistet B im obigen Beispiel seinen Beitrag von 400 DM an A und stellt sich dann heraus, daß von C in absehbarer Zeit nichts zu erlangen ist, so haben A und B - wie bereits erörtert [59] - nach §§ 769, 426 Abs. 1 S. 2 den Ausfall gleichmäßig zu tragen. A erwirbt also einen Sekundäranspruch gegen B von 200 DM, für die anderen 200 DM bekommt er keinen Ersatz. C bleibt aber primärer Schuldner für seinen Anteil. Wie wirkt sich dieses doppelte Ausgleichsverhältnis im Bereich des § 426 Abs. 2 aus? Der primäre Ausgleichungsanspruch des A gegen C in Höhe von 400 DM hat an sich den Übergang der Gläubigerforderung gegen C in gleicher Höhe zur Folge. Nach § 426 Abs. 2 muß aber auch die Sekundärforderung gegen B von 200 DM durch ein entsprechendes Gläubigerrecht verstärkt werden. Man könnte sagen: Erst hinterher hat sich gezeigt, daß B dem A von Anfang an nicht in Höhe von 400, sondern in Höhe von 600 DM zur Ausgleichung verpflichtet war und daß infolgedessen auch die Bürgschaftsforderung des G gegen B insoweit auf ihn übergegangen ist. Für den Fall nachträglicher Zahlungsfähigkeit des C müßte man dann entweder sagen: jetzt hat sich herausgestellt, daß B und C doch in Höhe von je 400 DM zur Ausgleichung verpflichtet waren und daß A in dieser Höhe auch die Gläubigerrechte gegen beide erworben hat (nachdem A vielleicht die Ansprüche gegen B in Höhe von 600 DM geltend gemacht und ein obsiegendes Urteil erstritten hat!); oder man müßte annehmen, daß keine Gläubigeransprüche als Korrelat zu den Ersatzansprüchen von A und B gegen C bestünden, denn neben der Bürgschaftsforderung des G gegen B in Höhe von 600 DM kann nicht auch noch die gegen C in Höhe von 400 DM auf A übergegangen sein. Keine der beiden Alternativlösungen wird dem Umstand gerecht, daß das Verhältnis der sekundären zur primären Ausgleichung im Bereich der Subrogation sein Gegenstück haben muß; beide sind deshalb unbefriedigend.

M.E. ist folgender Auslegung der gesetzlichen Vorschriften der Vorzug zu geben: Der Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 vollzieht sich ohne Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit der einzelnen Mitbürgen nach dem primären Ausgleichsverhältnis. Die ausgleichspflichtigen Mitbürgen haften aber nicht nur als Bürgen für ihren eigenen Anteil, sondern daneben zu gleichen Teilen als Nachbürgen für die Quoten der anderen, wobei auch für den ausgleichsberechtigten Bürgen ein Teil mitzurechnen ist. In unserem Beispiel gehen also die Gläubigerrechte gegen B und C je zu 400 DM auf A über; außerdem haftet ihm jedoch B als Nachbürge für den Anteil des C, C als Nachbürge für den Anteil des B, und zwar, da A eine

---

59) S. oben S. 25 f.

etwaigen Ausfall mitzutragen hat, jeweils in Höhe von 200 DM. Auf diese Nachbürgenpflicht des B kann A nun neben dem sekundären Ausgleichungsanspruch nach § 426 Abs. 1 S. 2 zurückgreifen, wenn er von C nichts bekommen kann. Zahlt B die weiteren 200 DM, dann wird er insoweit nach § 774 Abs. 1 in die auf A übergegangene Gläubigerforderung gegen C subrogiert. Somit stehen dem A und dem B, wenn C wieder zahlungsfähig wird, neben den internen Erstattungsforderungen auch die Gläubigerrechte gegen C in Höhe von je 200 DM zur Verfügung. Dieses Ergebnis läßt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 426 ablesen; es berücksichtigt aber den Zweck des Gesetzes und das Zusammenspiel der einzelnen Bestimmungen am besten [60].

Die nach §§ 769, 426 Abs. 2 auf den zahlenden Bürgen übergehenden Gläubigerrechte sind Rechte aus Bürgschaften. Tilgt also der ausgleichspflichtige Bürge die gegen ihn gerichtete Bürgschaftsforderung des Ausgleichsberechtigten, dann wird er insoweit in die Hauptforderung und ihre Nebenrechte subrogiert. Dabei ist allerdings zu beachten, daß jeder Mitbürge dem Ausgleichsberechtigten nur in Höhe seines Anteils als Bürge und für die Quote der anderen anteilig als Nachbürge haftet, nicht darüber hinaus. Zahlt im obigen Ausgangsfall B nachdem A den G befriedigt hat, seinen Kopfteil von 400 DM an A, so leistet er im Zweifel auf die gesetzliche Ausgleichsverpflichtung und die Bürgenschuld zugleich; beide erlöschen. Nach § 774 Abs. 1 tritt B in Höhe von 400 DM in die Hauptforderung gegen S, die auf A übergegangen war, ein. Leistet B aus Gefälligkeit 800 DM an A, so treten in Höhe von 400 DM dieselben Folgen ein. In Höhe von weiteren 200 DM dürfte B als Nachbürge für C gezahlt haben; insoweit wird er in die Bürgschaftsforderung gegen C und in die Hauptforderung gegen S subrogiert, § 774 Abs. 1. In Ansehung der letzten 200 DM war B nichtschuldender Dritter, so daß nach § 267 weder ein Eintritt in die Hauptforderung, noch in die Forderung des A gegen C stattfindet [61]. Eine Unbilligkeit liegt darin nicht, denn wenn B über seine Verpflichtung hinaus Aufwendungen macht, so tut er das auf seine eigene Gefahr; er ist dann auf Ansprüche gegen S und C aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder einem sonstigen besonderen Rechtsverhältnis und auf Bereicherungsansprüche gegen A (vgl. aber § 814!) angewiesen.

Es ist selbstverständlich, daß der ausgleichsberechtigte Bürge sich durch die Forderungen gegen einen Mitbürgen nach §§ 769, 426 Abs. 1 und 2 insgesamt nur einmal den ihm zustehenden Ausgleich verschaffen kann. Die Forderungen brau-

---

60) Die Materialien zum BGB geben keinerlei Aufschschlüsse darüber, wie die Gesetzesverfasser sich das Verhältnis des § 426 Abs. 2 zu Abs. 1 S. 2 vorgestellt haben; vgl. Motive II, S. 169 f., Protokolle bei Mugdan, Bd. II, S. 608.

61) Die Gegenmeinung von Kremer, S. 155 f., 210 ff., und Dähne, S. 67, ist unrichtig. Im Grundsatz wie hier Tacken, S. 41 f.; Forster, S. 27;

chen sich nicht völlig zu decken: der ausgleichsberechtigte Mitbürge kann auf Grund der internen Vereinbarungen unter Umständen Aufwendungen ersetzt verlangen, die durch die übergegangene Bürgschaftsforderung nicht gesichert sind; bietet diese besondere Vorteile (z.B. Nebenrechte), so können hier (wie bei § 774 Abs. 1) beide Ansprüche kumulativ geltend gemacht werden.

d) Der Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 S. 1 kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden, §§ 769, 426 Abs. 2 S. 2. Das wird bei Teilleistungen eines Bürgen bedeutsam: Besteht für die teilweise übergehende Gläubigerforderung eine Hypothek oder ein Pfandrecht, so geht das Teilrecht, das der Bürge erwirbt, dem beim Gläubiger verbleibenden Restrecht im Range nach. Hat der Gläubiger aber für eine andere Forderung, die mit der Bürgschaft in keinem rechtlichen Zusammenhang steht, an derselben Sache ein nachrangiges Pfandrecht, am selben Grundstück eine nachrangige Hypothek, so kommt ihm für diese das Privileg des § 426 Abs. 2 S. 2 nicht zugute [62].

e) Der Gläubiger könnte die Aussicht des Bürgen, im Falle seiner Inanspruchnahme von den Mitbürgen nach §§ 769, 426 Ausgleichung zu erhalten, dadurch vermindern, daß er von ihm erst Zahlung verlangen würde, nachdem er die Rechte gegen die Mitbürgen aufgegeben hätte. Die freigegebenen Bürgen würden im Innenverhältnis wohl ausgleichspflichtig bleiben [63], aber ein Forderungsübergang nach §§ 769, 426 Abs. 2 könnte dann nicht stattfinden. Gegen derartige Beeinträchtigungen durch den Gläubiger wollte der Gesetzgeber den Bürgen schützen: Gibt der Gläubiger sein Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird jeder andere Bürge nach § 776 insoweit frei, als er aus diesem Recht nach §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2 hätte Ersatz erlangen können. Das gilt nach § 776 S. 2 selbst dann, wenn der freigegebene Bürge sich erst nach den anderen verbürgt hatte. Ein vom Gläubiger entlassener Bürge wird also auch im Innenverhältnis höchst selten ausgleichspflichtig bleiben, denn soweit die Mitbürgen ersatzberechtigt wären, können sie regelmäßig (wenn die aufgegebene Bürgschaft wenigstens teilweise realisierbar war) vom Gläubiger gar nicht erst in Anspruch genommen werden [64].

Dorst, S. 44.

62) So die h.M.; vgl. RGZ 76, 195 (199 f.); 136, 40 (43 f.); RG WarnRspr. 1914 Nr. 275; Enneccerus-Lehmann § 22 III 3; Soergel-Reimer Schmidt 5, RGRK-Nastelski 9, Palandt-Danckelmann 4, sämtl. zu § 268. - Anders noch RGZ 82, 133 (135 ff.); Lueg, S. 40 f.; Barkhausen, S. 29; Dähne, S. 36 (vgl. aber S. 47); Happek, S. 25 f.; vgl. Faß, S. 102 ff.

63) Vgl. Förster, S. 15; Strohal, IherJ 61, 86 Anm. 48; Dorst, S. 34; Wüllenweber, S. 38; Braun-Melchior, S. 203 f.

64) Über die Bedeutung des Begriffs "aufgeben" vgl. Oellers, S. 25 f. und unten S. 122.

Auf der anderen Seite kann der Gläubiger einem Bürgen auch nicht dadurch mehr Rechte gegen einen Mitbürgen verschaffen, als ihm nach dem internen Ausgleichsverhältnis zustehen, daß er ihm seine Ansprüche gegen diesen Mitbürgen in vollem Umfang abtritt. Eine solche Zession ist, soweit sie auf den Forderungsübergang gerichtet war, in jedem Falle unwirksam [65]; sie wird gemäß § 140 aber häufig dahin umgedeutet werden müssen, daß der Gläubiger durch sie auf den Schutz des § 426 Abs. 2 S. 2 verzichtet [66].

6. Ist die auf den ausgleichsberechtigten Bürgen übergegangene Gläubigerforderung zur Hauptforderung, zum internen Ausgleichsanspruch oder zu beiden akzessorisch ?

a) Es wurde bereits betont, daß die Bürgschaftsforderung des Gläubigers gegen einen Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen nach §§ 769, 426 Abs. 2 nur insoweit übergeht, als er gegen den Mitbürgen einen internen Ausgleichungsanspruch (§ 426 Abs. 1) hat. Ferner wurde schon angedeutet, daß eine Zahlung des ausgleichspflichtigen an den ausgleichsberechtigten Bürgen gleichzeitig den Ausgleichungsanspruch und die übergegangene Forderung zum Erlöschen bringt. Das ist zwar regelmäßig darauf zurückzuführen, daß der Ausgleichspflichtige auf beide Forderungen leistet; es muß aber auch dann gelten, wenn er ausdrücklich nur die Ausgleichsforderung tilgt, denn auch dann hat der Ausgleichsberechtigte das bekommen, was er mit beiden Ansprüchen zusammen verlangen konnte.

Auch in jeder anderen Beziehung ist die übergegangene Gläubigerforderung vom Ausgleichungsanspruch abhängig. Beispiel: Die Forderung des G gegen S von 1000 DM war durch die Bürgen A und B gesichert. A hat den G befriedigt und damit nach §§ 769, 426 Abs. 1 gegen B einen Ausgleichungsanspruch in Höhe von 500 DM erlangt; in gleicher Höhe ist nach §§ 769, 426 Abs. 2 das Recht des G gegen B auf A übergegangen. Tritt A den Ausgleichungsanspruch an X ab, so muß dieser auch die auf A übergegangene Gläubigerforderung erwerben. Zu diesem Ergebnis führt die Überlegung, daß A die Gläubigerforderung nicht als weiteres selbständiges Recht neben dem Ausgleichungsanspruch, sondern nur als Hilfsmittel zur leichteren Durchsetzung dieses Anspruchs erlangt hat. Will A die Realisierung der Ausgleichsforderung gar nicht selbst versuchen, sondern einem anderen überlassen, so braucht er auch die Hilfsforderung nicht mehr. Im Zweifel wird er dem

---

65) RG WarnRspr. 1913 Nr. 361; RGZ 117, 1 (2); BGHZ 17, 214 (222) (wie die folgenden Zitate für die Gesamtschuld); Soergel-Reimer Schmidt 13 RGRK-Fischer 18, je zu § 426; Esser § 98, 3 b.

66) Forster, S. 46 ff.

X die gleiche Rechtsstellung verschaffen wollen, die er selbst hatte. Daher ist es gerechtfertigt, daß X neben dem Ausgleichsanspruch auch die Bürgschaftsforderung gegen B erhält. Schließt A die Hilfsforderung ausdrücklich von der Abtretung aus, so kann sie in seiner Hand nicht allein fortbestehen, sondern erlischt [67].

Nehmen wir jetzt an, B habe, als G von A Zahlung verlangte, seinen Beitrag zur Befriedigung des G leisten wollen; A habe das jedoch abgelehnt und zu B gesagt: "Laß das nur meine Sorge sein; diese 500 DM schenke ich dir." Hier hat A auf Grund seiner Leistung an G einen Ausgleichsanspruch gegen B in Höhe von 500 DM erworben, dem B allerdings die Schenkungseinrede entgegensetzen kann. Nach §§ 769, 426 Abs. 2 geht die Bürgschaftsforderung gegen B auf A insoweit über, als er von B Ausgleichung verlangen kann, also in Höhe von 500 DM, aber mit der Schenkungseinrede behaftet. In gleicher Weise kann B Einreden, die ihm nachträglich gegen den Ausgleichsanspruch erwachsen, auch bei Geltendmachung der übergegangenen Gläubigerforderung durch A erheben: Wenn A diese Forderung nur übertragen bekam, um den Ausgleichungsanspruch besser durchsetzen zu können, dann müssen Gegenrechte, die jenen Anspruch hemmen, auch gegen sie gerichtet sein. - Ist dagegen die Gläubigerforderung mit einer Einrede behaftet, so wirkt diese nicht automatisch auch gegen die Ausgleichsforderung. Hatte A bei der Verbürgung auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, B aber nicht, und hat A den G nun befriedigt, ohne daß S vorher ausgeklagt worden wäre, so kann B gegen die auf A übergegangene Bürgschaftsforderung nach wie vor die Einrede der Vorausklage erheben. Stützt A sich auf den Ausgleichungsanspruch, so wird B ihm zwar meist entgegenhalten können, nach den ganzen Umständen müsse A sich zuerst an S halten und könne erst dann auf seinen Mitbürgen zurückgreifen (anders ist es, wenn B im Verhältnis zu S und A den Schaden zu tragen hat oder wenn dies

---

67) Diejenigen, die dem Zedenten einer durch Bürgschaft gesicherten Forderung das Recht einräumen, sich die Ansprüche aus der Bürgschaft selbst vorzubehalten - so Enneccerus-Lehmann § 79 III 1 b und § 192 II 6 m. weiteren Angaben - würden auch hier dem ausgleichsberechtigten Bürgen ein solches Recht geben, ohne daß sie damit die Akzessorietät der übergegangenen Bürgschaftsforderung zum Ausgleichsanspruch in Frage stellen würden. Man wird ihnen jedoch nicht folgen dürfen: Die Tatsache, daß der Gesetzgeber die Bürgschaft als abhängiges Nebenrecht der Hauptforderung geschaffen hat, kann man nicht einfach als begriffsjuristische Reminiszenz abtun. Insofern besteht Parallelität zum Mobiliarpfandrecht, und eine Analogie zu § 1250 Abs. 2 ist deshalb sehr wohl möglich. Die Vertreter der abgelehnten Ansicht vermögen ein echtes Bedürfnis für eine Aufspaltung der Gläubigerstellung bezüglich Hauptforderung und Bürgschaftsforderung nicht nachzuweisen.

Rechtsverfolgung gegen S mit außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist). Das bedeutet aber nur, daß sich aus den Tatsachen, die die Einrede der Vorausklage gegenüber der Bürgschaftsforderung begründen, auch eine Einrede gegen den Ausgleichsanspruch ergibt, nicht, daß die Einrede der Vorausklage den Ausgleichsanspruch mitblockiert. Eine wechselseitige Abhängigkeit von Ausgleichungsanspruch und übergegangener Gläubigerforderung liegt also nicht vor.

b) Die auf den ausgleichsberechtigten Bürgen übergegangene Bürgschaftsforderung gegen einen Mitbürgen richtet sich demnach in ihrem Bestand, in ihrer Zuständigkeit und in ihrer Durchsetzbarkeit nach der internen Ausgleichungsforderung gegen diesen Mitbürgen; sie ist an die Ausgleichungsforderung angelehnt, ist akzessorisch zu ihr. Bis zu ihrem Übergang auf den Ausgleichsberechtigten war sie aber akzessorisch zur Hauptforderung. Ist ihre Abhängigkeit von dieser jetzt aufgehoben ?

Für die Mitbürgschaft ist diese Frage bisher nicht erörtert worden [68]. Für die Gesamthypothek, wo sie sich im Falle des § 1173 Abs. 2 entsprechend stellt, wird sie von der heute herrschenden Meinung bejaht: Es finde eine gesetzliche Forderungsauswechslung analog § 1180 statt; soweit die Gesamthypothek bestehen bleibe und auf den ersatzberechtigten Eigentümer übergehe, diene sie nicht mehr zur Sicherung der bisherigen Hypothekenforderung, sondern zur Sicherung seiner Ersatzforderung gegen den anderen Grundstückseigentümer [69].

Es soll jetzt nicht untersucht werden, ob diese Theorie für die Gesamthypothek richtig ist [70]. Im Bereich der Mitbürgschaft spricht gegen eine Forderungsauswechslung zunächst folgendes: In den §§ 774 Abs. 2, 769, 426 ist in keiner Weise angedeutet, daß die auf den zahlenden Bürgen übergehende Bürgschaftsforderung nach dem Übergang nicht mehr die Hauptforderung sichern solle. Deshalb besteht eine Vermutung dafür, daß sie wie bisher der Sicherung der Hauptforderung dient und zu ihr akzessorisch ist. Diese Vermutung könnte nur dadurch widerlegt werden, daß die Fortdauer jener Akzessorietät zu Ergebnissen führen würde, die mit

---

68) Lediglich Haase, S. 19 f., kommt auf sie zu sprechen. Seine Antwort wird aber durch eine eigenartige, unzutreffende Auslegung der Bürgschaftsvorschriften beeinflußt und ist deshalb ohne großen Wert. Vgl. auch die Ausführungen von Oellers, S. 19.

69) So etwa Westermann § 109 V 4; Wolff-Raiser § 148 VII 2; Planck-Strecker 4 b β, Staudinger-Kober 4, RGRK-Denecke 7, Soergel-Baur 6, Palandt-Hoche 4 b, alle zu § 1173. A.A. Güthe-Triebel 20 zu § 22 GBO; Turnau-Förster II 5 zu § 1173; Schreiber, S. 324 ff.; Biermann, Recht 1905, 266 f.; Lang, S. 307 ff.

70) Diese Prüfung erfolgt unten S. 55 f.

dem Gesetzeszweck nicht vereinbar sind. Das ist indessen nicht der Fall.

Vielmehr würde gerade die Annahme einer Forderungsauswechslung dem Sinn des Gesetzes widersprechen: Oben [71] wurde gesagt, daß der ausgleichspflichtige Bürge, der seinen Anteil an den ausgleichsberechtigten Mitbürgen leistet, im Zweifel die Ausgleichsforderung und die Bürgschaftsforderung tilgen will und deshalb nach § 774 Abs. 1 in Höhe der Leistung in die jetzt dem Ausgleichungsberechtigten zustehende Hauptforderung eintritt. Die ganze Konzeption unseres Bürgschaftsrechts verlangt diese Subrogation: Soweit der ausgleichsberechtigte Bürge Ausgleichung erhalten hat, benötigt er die Hauptforderung nicht mehr; doch soll diese nicht erlöschen, sondern auf den Ausgleichung leistenden Bürgen übergehen, der dadurch eine von besonderen Rechtsbeziehungen unabhängige Rückgriffsmöglichkeit gegen den Hauptschuldner erhält. Es wäre unbefriedigend, wenn der ausgleichspflichtige Bürge, der seinen Anteil an den ausgleichsberechtigten Mitbürgen leistet, hinsichtlich jenes Forderungsübergangs schlechter gestellt wäre als ein Bürge, der seinen Anteil unmittelbar an den Gläubiger zahlt. - Würde die Bürgschaftsforderung nun von der Hauptforderung völlig abgelöst, ausschließlich der Sicherung einer anderen Forderung dienen, so könnte ihre Tilgung nicht die Subrogation des Zahlenden in die Hauptforderung zur Folge haben, denn "Forderung gegen den Hauptschuldner" im Sinne des § 774 Abs. 1 wäre dann die jetzt gesicherte Forderung, nicht die Hauptforderung. Da aber Sinn und Zweck des Gesetzes den Übergang der Hauptforderung auf den ausgleichspflichtigen Mitbürgen fordern, muß die Bürgschaftsforderung auch in der Hand des ausgleichsberechtigten Bürgen von der Hauptforderung abhängig bleiben.

c) Demnach ist die Bürgschaftsforderung nach ihrem Übergang auf den ausgleichsberechtigten Bürgen sowohl zu dessen Ausgleichsforderung gegen den Mitbürgen als auch zur Hauptforderung akzessorisch. Es liegt nahe, jetzt zu untersuchen, in welchem Verhältnis die beiden Forderungen zueinander stehen, von denen die Bürgschaftsforderung abhängig ist. Der Ausgleichungsanspruch soll nach dem Willen des Gesetzgebers dazu führen, daß der vom Gläubiger zur Zahlung herangezogene Bürge den Schaden, den er nicht auf den Hauptschuldner abwälzen kann, nicht allein zu tragen braucht, sondern teilweise auf seinen Mitbürgen überbürden kann. Zwischen den Beziehungen des Ausgleichsberechtigten zum Hauptschuldner und dem Ausgleichungsanspruch besteht also ein gewisser Zusammenhang. Ist der Ausgleichungsanspruch etwa selbst ein mit der Hauptforderung verbundenes Nebenrecht ? Dann würde keine zweiseitige, sondern eine mehrstufige Akzessorietät vorliegen: der Ausgleichungsanspruch wäre von der Hauptforderung abhängig, die übergegangene Bürgschaftsforderung vom Ausgleichungsanspruch und daher mittelbar auch von der Hauptforderung [72]. Prüfen wir an Hand von

---

71) S. 31.

72) Eine solche mehrstufige Akzessorietät ist unserem Recht durchaus nicht frem

Beispielen, ob diese Vorstellung richtig ist.

Im obigen Ausgangsfall erwirbt A, wenn er den G wegen seiner Forderung von 1000 DM befriedigt, nach § 774 Abs. 1 die Hauptforderung gegen S, weiter nach §§ 769, 426 Abs. 1 einen Ausgleichungsanspruch gegen seinen Mitbürgen B von 500 DM und in gleicher Höhe gemäß §§ 769, 426 Abs. 2 die Bürgschaftsforderung des G gegen B. Zahlt jetzt S 1000 DM an A, so erlischt nicht nur die Hauptforderung des A gegen S, sondern auch sein Ausgleichsanspruch gegen B, denn nachdem S dem A seine Aufwendungen voll ersetzt und damit die Last der Schuld auf sich genommen hat, gibt es unter den Mitbürgen nichts mehr auszugleichen. Sicher ist, daß auch die Bürgschaftsforderung gegen B wegfällt; man könnte das so begründen: es ergibt sich aus ihrer Abhängigkeit vom Ausgleichsanspruch und letztlich aus ihrer mittelbaren Abhängigkeit von der Hauptforderung.

Leistet nicht S, sondern tritt A die Hauptforderung an X ab, so gehen die Rechte des A gegen B im Zweifel mit auf X über. Auch das scheint eine Bestätigung der Formel von der mehrstufigen Akzessorietät zu sein. Dann müßte der Ausgleichungsanspruch aber erlöschen, wenn A ihn ausdrücklich von der Abtretung ausnimmt. Ob er in diesem Fall tatsächlich untergeht, ist indessen höchst zweifelhaft. Dafür spricht, daß B die Leistung an A ohnehin immer verweigern könnte, weil dieser ihm den Eintritt in die Hauptforderung nicht mehr verschaffen kann, dagegen, daß bei der Gesamtschuld der Gläubiger nach herrschender Meinung [73] die Forderung gegen den einen Schuldner abtreten, die gegen den anderen Schuldner behalten kann, daß eine derartige Zweckgemeinschaft zweier Forderungen also offenbar nicht zu einer Gemeinschaft in der Zuständigkeit führen muß. Lassen wir die Frage zunächst offen.

Erläßt A im Ausgangsfall dem S die Schuld, so erlischt zugleich die Bürgschaftsforderung gegen B, und A wird im Endergebnis auch mit dem Ausgleichsanspruch von B nichts bekommen. Fraglich ist nur, ob der Ausgleichsanspruch untergeht oder ob dem B nur gegen seine Geltendmachung eine Einrede zusteht. Hier ist die zweite Lösung eindeutig die richtige: Darin, daß A die Hauptforderung aufgibt, liegt nicht auch die Aufgabe der gegen einen andern gerichteten Hilfsforderung. Allerdings kann B den A auf das Innenverhältnis verweisen, wonach A in

---

Man denke nur an den Fall, daß der Bürge dem Gläubiger zur Sicherung der Bürgschaftsforderung eine Hypothek bestellt: hier ist die Hypothek zur Bürgschaftsforderung und dadurch mittelbar auch zur Hauptforderung akzessorisch.

73) RG Recht 1908 Nr. 1519; Palandt-Danckelmann 2 zu § 425; Enneccerus-Lehmann § 93 II 6; Larenz, SchuldR Bd. I § 33 I (S. 360) m. weiteren Nachweisen.

erster Linie bei S Ersatz suchen muß; außerdem kann er einredeweise geltend machen, A könne ihm die Hauptforderung nicht mehr verschaffen. Daß der Ausgleichungsanspruch aber nicht automatisch mit der Hauptforderung wegfällt, zeigt sich auch daran, daß der Ausgleichungsanspruch dem A jedenfalls dann - sogar einredefrei - verbleiben muß, wenn er beim Erlaß im Einverständnis mit B gehandelt hat. - Hier paßt die Vorstellung von der mehrstufigen Akzessorietät nicht mehr: die Bürgschaftsforderung geht wegen ihrer Abhängigkeit zur Hauptforderung unter, obwohl der Ausgleichungsanspruch bestehen bleibt.

Dasselbe gilt, wenn der Hauptschuldner gegen die Hauptforderung eine Einrede hat. Hat A, obwohl S zahlungsbereit war, den G befriedigt, um S zu beschenken, so steht nicht nur der Hauptforderung, sondern nach § 768 auch der Bürgschaftsforderung die Schenkungseinrede entgegen. Gegen den Ausgleichungsanspruch des A hat B ebenfalls eine Einrede, jedoch nicht deshalb, weil die Hauptforderung einredebehaftet ist, sondern weil B es sich nach dem Innenverhältnis nicht gefallen zu lassen braucht, daß A den S auf seine Kosten beschenkt. Die Tatsachen, die die Einrede gegen die Hauptforderung begründen, geben davon unabhängig auch dem B eine Einrede gegen den Ausgleichungsanspruch. Aber auch das ist nicht immer der Fall. Nehmen wir an, S sei dem G gegenüber nur deshalb als Darlehensnehmer aufgetreten, weil er ihn, im Gegensatz zu seinem Freund B, der das Geld brauchte, gut kennt. Für das Darlehen haben sich B und ein weiterer Freund A selbstschuldnerisch verbürgt. Hält sich nun G an A, so erwirbt dieser durch seine Zahlung die Hauptforderung gegen S, deren Geltendmachung aber entgegensteht, daß S als lediglich formeller Schuldner die Last der Schuld nur anteilig mit A tragen muß, und auch das nur, wenn bei B nichts zu holen ist. Gegen B erlangt A nach den gesamten Umständen einen Anspruch auf vollen Ersatz und zu dessen Verstärkung auch die Forderung des G gegen B in vollem Umfang, §§ 769, 426 Abs. 2. Der Ausgleichungsanspruch ist einredefrei. Der Bürgschaftsforderung steht zwar wegen ihrer Abhängigkeit von der Hauptforderung die Einrede des S entgegen; wenn B diese geltend macht, kann A jedoch mit der Einrede der Arglist replizieren.

Ein Ausgleichungsanspruch kann sogar dann entstehen, wenn die Hauptforderung bereits erloschen ist. Beispiel: Die Forderung des G gegen S in Höhe von 1000 DM ist durch die selbstschuldnerischen Bürgen A und B gesichert. Bei Fälligkeit der Forderung ist die Vermögenslage des S so schlecht, daß er A und B mitteilt, er sei nicht in der Lage, den G zu befriedigen. G, ebenfalls in großer wirtschaftlicher Bedrängnis, fordert S, A und B zur Zahlung auf. S, der G früher hoch und heilig versprochen hatte, er werde pünktlich bezahlen, will den G in seiner schwierigen Lage nicht hängen lassen. Er verkauft deshalb seine letzten Wertgegenstände, erlöst dafür gerade 1000 DM und bringt das Geld G. Inzwischen hatte

A sich mit B dahin verständigt, daß er zunächst die 1000 DM zahlen und dann von B hälftigen Ausgleich bekommen solle. Die Postanweisung des A trifft bei G ein, kurz nachdem S bei ihm war. Noch am gleichen Tage stellt G seine Zahlungen ein. Hier ist die Hauptforderung durch S getilgt worden, mit ihr sind die Bürgschaftsforderungen erloschen. Gleichwohl kann A von B Ausgleich in Höhe von 500 DM fordern, allerdings nur wegen der besonderen Vereinbarung und Zug um Zug gegen Abtretung des Bereicherungsanspruchs gegen G in dieser Höhe. (Gegen S haben A und B wegen ihrer Aufwendungen Ersatzansprüche aus Auftrag.)

d) Es hat sich gezeigt, daß der Ausgleichungsanspruch des zahlenden Bürgen gegen seinen Mitbürgen zur Hauptforderung nicht akzessorisch ist. Wenn der Ausgleichungsanspruch bei Tilgung der Hauptforderung erlischt, so ist das nicht auf seine Akzessorietät zurückzuführen, sondern darauf, daß damit auch die Voraussetzungen für Entstehen und Forbestehen eines gesetzlichen Ausgleichungsanspruchs weggefallen sind. Die offen gelassene Frage, ob beide Rechte notwendig denselben Gläubiger haben müssen, ist zu verneinen; jedoch erlischt die Bürgschaftsforderung, wenn nur die Hauptforderung oder nur der Ausgleichungsanspruch abgetreten wird[74].

Die Vorstellung einer mehrstufigen Akzessorietät hat sich damit als unrichtig erwiesen. Die Bürgschaftsforderung bleibt einerseits zur Hauptforderung akzessorisch, und sie wird andererseits neu mit dem Ausgleichungsanspruch verknüpft. Diese zweiseitige Akzessorietät wirkt sich folgendermaßen aus: Erlischt die Hauptforderung ganz oder teilweise, dann erlischt insoweit auch die Bürgschaftsforderung; steht der Hauptforderung eine Einrede entgegen, so kann sie auch gegen die Bürgschaftsforderung geltend gemacht werden. Und in gleicher Weise wirken sich das Erlöschen der Ausgleichsforderung und eine Einrede gegen sie auf die Bürgschaftsforderung aus.

Man kann diese zweiseitige Akzessorietät nicht unter Berufung auf den Grundsatz ablehnen, daß eine Bürgschaft immer nur eine einzige Forderung sichern kann. Gewiß, dieser Grundsatz besteht, und auch der Gesetzgeber könnte nicht einfach bestimmen, eine Bürgschaft solle außer der gegenwärtigen Hauptforderung noch irgendeine andere Forderung sichern: dadurch würde die Belastung des Bürgen nachträglich vergrößert, und das ist unzulässig (vgl. § 767 Abs. 1 S. 3). Im Falle der §§ 769, 426 Abs. 2 bedeutet die Bindung der Bürgschaftsforderung an eine weitere Forderung aber gerade nicht, daß die Last des Bürgen erschwert wird, sondern im Gegenteil, daß sie auf die Höhe jener anderen Forderung reduziert wird. Dazu kommt, daß jene andere Forderung gerade dem Innenverhältnis der Mitbürgen ent-

---

74) Siehe Note 67 (oben S. 34).

springt und dem gleichen Zweck dient wie die Hauptforderung nach ihrem Überga auf den ausgleichsberechtigten Bürgen. In diesem Rahmen bestehen gegen die Ak zessorietät der Bürgschaftsforderung noch zu einer weiteren Forderung keine Be denken.

Zusammenfassend kann über das Recht der Mitbürgschaft gesagt werden: Der den Gläubiger befriedigende Mitbürge hat nach §§ 769, 426 Abs. 1 gegen di übrigen Mitbürgen im Zweifel einen Anspruch auf Ausgleichung nach Kopfteilen. Soweit er danach von einem Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann, geht auch die Bürgschaftsforderung des Gläubigers gegen diesen Mitbürgen auf ihn über, §§ 769, 426 Abs. 2; diese Bürgschaftsforderung ist nach dem Übergang sowohl zu Hauptforderung als auch zum Ausgleichungsanspruch akzessorisch. § 774 Abs. 2 stellt klar, daß die Rechte des Gläubigers gegen Mitbürgen nicht automatisch nach §§ 774 Abs. 1, 412, 401 auf den zahlenden Bürgen übergehen, sondern nur insoweit, als er nach §§ 769, 426 von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen ka

II. DIE GESAMTHYPOTHEK

1. Für die Gesamthypothek enthält § 1132 Abs. 1 S. 1 eine Legaldefinition: Be steht für eine Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken, so handelt es sich um eine Gesamthypothek. Wie schon der Wortlaut des § 1132 sagt, lastet si als einheitliche Hypothek auf mehreren Grundstücken. Grundbuchmäßig findet das darin seinen Ausdruck, daß auf dem Grundbuchblatt jedes der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ein sog. Mithaftvermerk eingetragen wird, § 48 GBO. Handelt es sich um eine Briefhypothek, so soll nur ein Hypothekenbrief erteilt werden, § 59 GBO [75].

---

75) Gegen diese "Einheitstheorie" kann man sich nicht auf den Grundsatz der Spezialität der Sachenrechte berufen: schon aus den §§ 1120 ff. ergibt sich, daß eine Hypothek sich auf verschiedene Gegenstände erstrecken kann. Der Spezialitätsgrundsatz hat allerdings zur Folge, daß nur über das einzelne Grundstück verfügt werden kann; das ist auch bei der Begründung der Gesamthypothek zu beachten. Eine Parallele zur Gesamtschuld kann nicht gezogen werden: während dort Verfügungen über die einzelne Forderung möglich sind (s. zu Anm. 73), kann die Gesamthypothek nur einheitlich übertragen und lastet werden. Für die Einheitstheorie Planck-Strecker 4 zu § 1132;

Wie eine Mitbürgschaft nur vorliegt, wenn mehrere Bürgen für denselben Teil einer Forderung einstehen, so setzt auch eine Gesamthypothek voraus, daß mehrere Grundstücke für den gleichen Forderungsteil verhaftet sind. Ist die Forderung des G gegen S von 10 000 DM am Grundstück a in vollem Umfang, am Grundstück b nur in Höhe von 2000 DM hypothekarisch gesichert, so besteht für 2000 DM eine Gesamthypothek an a und b, für die restlichen 8000 DM eine Einzelhypothek an a. Dagegen liegen zwei Einzelhypotheken vor, wenn das Grundstück a die ersten 8000 DM, das Grundstück b die letzten 2000 DM der Forderung sichern soll. - Ob die einzelnen Grundstücke miteinander oder nacheinander belastet werden, ist ohne Bedeutung; wurde für die Forderung von 10 000 DM zunächst am Grundstück a eine Hypothek bestellt und wird zwei Jahre später auf Drängen des Gläubigers das Grundstück b für diese Forderung mitbelastet, so entsteht eine Gesamthypothek.

Für die vorliegende Arbeit sind nur diejenigen Fälle einer Gesamthypothek interessant, in denen die belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören. Dabei kann einer der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner sein, es kann sich aber auch um eine Gesamthypothek nur an Grundstücken dritter Personen handeln. Zunächst soll ausschließlich die letzte Fallgestaltung erörtert werden; erst am Schluß[76)] werden die Fälle, in denen einer oder mehrere Eigentümer zugleich persönliche Schuldner sind, in die Betrachtung einbezogen.

2. Bei der Regelung, die die Gesamthypothek im BGB gefunden hat, kann man unterscheiden zwischen Vorschriften, die das Außenverhältnis der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke zum Gläubiger, solchen, die ihr Verhältnis zum Schuldner, und solchen, die ihr Verhältnis untereinander betreffen.

a) Jedes der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke haftet dem Gläubiger für die ganze Forderung; er kann sich nach seinem Belieben aus jedem Grundstück ganz oder teilweise befriedigen, § 1132 Abs. 1. Darin liegt der Vorteil der Gesamthypothek für den Gläubiger: wenn er bei der Versteigerung eines Grundstücks ganz oder teilweise ausfällt, kann er immer noch aus den mitbelasteten Grundstücken seine Befriedigung suchen. Der Gläubiger kann auf diesen Vorteil jederzeit verzichten und die Gesamthypothek derart in Einzelhypotheken

---

Güthe-Triebel 2 zu § 48 GBO; Westermann § 109 I 1 b; wohl auch Baur § 43 I 1. Dagegen Wolff-Raiser § 148 Anm. 3; v. Tuhr, Allg. T. I, S. 138 f.

76) Unten S. 58 ff.

auflösen, daß jedes Grundstück nur noch allein für einen Teil der Forderung hafte § 1132 Abs. 2.

b) Befriedigt einer der Grundstückseigentümer den Gläubiger, wozu er gemäß § 1142 berechtigt ist, so geht die durch die Hypothek gesicherte Forderung gegen den persönlichen Schuldner auf ihn über, § 1143 Abs. 1 [77]. Wie der zahlende Bürge im Falle des § 774 Abs. 1, so soll auch der zahlende Eigentümer ohne Rücksicht auf seine besonderen Rechtsbeziehungen zum persönlichen Schuldner ganz generell eine Rückgriffsmöglichkeit gegen diesen erhalten; dadurch bleiben allerdings die Einwendungen des persönlichen Schuldners aus den besonderen Rechtsbeziehungen unberührt, § 1143 Abs. 1 S. 2 i. Verb. m. § 774 Abs. 1 S. 3. Wegen der theoretischen Konstruktion des Forderungsübergangs kann auf das zur Bürgschaft Gesagte [78] verwiesen werden.

Wird aber § 1143 Abs. 1 nicht beim Bestehen einer Gesamthypothek durch § 1143 Abs. 2 völlig ausgeschlossen [79]? Nein, denn § 1143 ist genau wie § 774 aufgebaut: § 1143 Abs. 1 regelt den Eintritt des zahlenden Eigentümers in die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner, § 1143 Abs. 2 i. Verb. m. § 1173 seinen Eintritt in die Gesamthypothek; wenn § 1143 Abs. 2 den Abs. 1 für die zweite Frage ausschaltet, so wird dadurch bestätigt, daß er für die erste Frage auch bei der Gesamthypothek gilt.

c) Damit ist schon angedeutet, daß das Verhältnis des zahlenden zu den übrigen Grundstückseigentümern sich nach den §§ 1143 Abs. 2, 1173 bestimmt. § 1143 Abs. 2 hat hierbei ebenso negative, ausschließende Bedeutung im Hinblick auf Abs. 1 wie der Abs. 2 des § 774 gegenüber dessen Abs. für die Frage, ob und in welchem Umfang der zahlende Eigentümer in die Gesamthypothek eintritt, sollen nicht die §§ 1143 Abs. 1, 412, 401 maßgebend sein, sondern allein § 1173.

Zahlt nicht einer der Eigentümer freiwillig an den Gläubiger, sondern befriedigt dieser sich aus einem oder einigen der belasteten Grundstücke, so ergeben sich die Folgen für das Verhältnis der Eigentümer untereinander aus den §§ 1181 Abs. 2, 1182. Diese Paragraphen stimmen jedoch mit § 1173 so weitgehend überein, daß im folgenden jeweils ein kurzer Hinweis auf die wenigen Abweichungen genügt.

---

77) Darüber, daß § 1143 Abs. 1 entsprechend anwendbar ist, wenn der Gläubiger sich aus einem der Grundstücke befriedigt, vgl. oben Note 12 (S. 6).

78) S. oben S. 27.

79) Zum mindesten mißverständlich in diesem Punkt Westermann § 109 V 4.

3. Was bestimmt § 1173 im einzelnen ?

a) Leistet einer der Grundstückseigentümer an den Gläubiger, so erwirbt er in Höhe seiner Leistung die Hypothek an seinem eigenen Grundstück als Eigentümergrundschuld; insoweit erlischt die Hypothek an den übrigen Grundstücken; §§ 1173 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1. Beispiel: Die Forderung des G gegen S von 10 000 DM ist durch eine Gesamthypothek an je einem Grundstück des A und des B gesichert. Befriedigt A den G wegen seiner ganzen Forderung, so geht die Hypothek am eigenen Grundstück als Eigentümergrundschuld auf ihn über; am Grundstück des B erlischt die Hypothek. Zahlt A nur 5000 DM, so behält G die Gesamthypothek in Höhe der restlichen 5000 DM. Dieser folgt auf dem Grundstück des A eine Einzeleigentümergrundschuld von 5000 DM, § 1176, auf dem Grundstück des B keine Belastung mehr. Die gleichen Folgen wie bei einer Zahlung des A an G treten ein, wenn G seine durch die Gesamthypothek gesicherte Forderung gegen S ganz oder teilweise auf A überträgt, § 1173 Abs. 1 S. 2.

b) Kann der zahlende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer Ersatz für seine Aufwendungen verlangen, dann erwirbt er insoweit auch die Hypothek an dessen Grundstück; sie bildet mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück weiterhin eine Gesamthypothek; § 1173 Abs. 2. Hatte A im obigen Beispiel mit B vereinbart, daß sie bei einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger den Schaden gleichmäßig verteilen wollten, so hat er nach voller Befriedigung des G einen Ausgleichungsanspruch gegen B in Höhe von 5000 DM [80]. In dieser Höhe erwirbt er die Hypothek am Grundstück des B, die im übrigen erlischt. Mit ihr zusammen bleibt das Eigentümergrundpfandrecht des A in Höhe von 5000 DM Gesamthypothek; im Restbetrag von 5000 DM ist das Eigentümerrecht Einzelgrundschuld [81]. - Ob A schon vor seiner eigenen Leistung von B Zahlung von 5000 DM an G verlangen konnte, hängt von den Einzelheiten der Vereinbarung ab und wird im vorliegenden Fall, wo eine reine Ersatzregelung getroffen ist, zu verneinen sein.

Lastet die Gesamthypothek zusätzlich noch auf dem Grundstück des C, haben A, B und C anteilige Ausgleichung vereinbart und leistet A 9000 DM an G, so ergibt

---

80) Allerdings wird der vertragliche Ausgleichsanspruch in all diesen Fällen unter der Bedingung stehen, daß bei dem im Innenverhältnis allein verpflichteten Schuldner S nichts zu holen ist.

81) So die heute einhellige Meinung; anders noch Schreiber, S. 327 Anm. 1. Streit herrscht gegenwärtig nur noch darüber, welche Forderung die bestehenbleibende Gesamthypothek sichert; darüber unten S. 55 f.

sich folgendes Bild: G behält eine Gesamthypothek von 1000 DM an allen drei Grundstücken; dahinter folgen (§ 1176!) eine Gesamthypothek an den Grundstücken von A und B und eine weitere an den Grundstücken von A und C von je 3000 DM, die beide dem A zustehen und an seinem Grundstück gleichen Rang haben. An letzter Stelle - auch hier wird der Gedanke des § 1176, daß das Gläubigerinteresse an der Verwertung der Hypothek den Vorrang vor dem Eigentümerinteresse an ihrer Neubeleihung hat, zur Anwendung kommen müssen - hat A an seinem Grundstück eine Einzeleigentümergrundschuld von 3000 DM. Entsprechend den Verhältnissen bei der Mitbürgschaft erwirbt der zahlende Eigentümer also nicht eine einheitliche Gesamthypothek an seinem und allen übrigen Grundstücken, soweit er überhaupt (von den anderen Eigentümern zusammen) Ersatz verlangen kann [82], sondern nur Teilgesamthypotheken, die jeweils in Höhe des Ersatzanspruchs am eigenen Grundstück und an dem des Ersatzpflichtigen bestehen. Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut des § 1173 Abs. 2 ("kann der Eigentümer ... von dem Eigentümer *eines* der anderen Grundstücke Ersatz verlangen, so geht ... auch die Hypothek *an dem Grundstücke dieses Eigentümers* auf ihn über"), zum andern aus der an einigen Stellen zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzgebers, Gesamthypotheken nach Möglichkeit aufzulösen, wenn dies ohne Beeinträchtigung des Gläubigers möglich ist. Sind im obigen Beispiel B und C allerdings dem A gesamtschuldnerisch zum Ersatz der 9000 DM verpflichtet, so geht in dieser Höhe die Gesamthypothek an sämtlichen Grundstücken auf A über.

Eine Gesamthypothek am eigenen Grundstück und an dem eines der anderen Eigentümer erwirbt der den Gläubiger befriedigende Eigentümer auch dann, wenn er zwar nicht von dem anderen Eigentümer selbst, aber von dessen Rechtsvorgänger Ersatz fordern kann, § 1173 Abs. 2. Beispiel: Die Forderung des G gegen S ist durch eine Gesamthypothek an den Grundstücken von A und B gesichert; A hat die Mitbelastung seines Grundstücks erst zugestimmt, nachdem B ihm vollen Ersatz für den Fall versprochen hatte, daß A von G in Anspruch genommen werde. Als B sein Grundstück an X veräußert hat, verlangt G von A unter Androhung der Zwangsversteigerung Zahlung. Befriedigt A den G, so geht die Gesamthypothek in vollem Umfang auf A über, ohne daß es darauf ankäme, ob X beim Erwerb des Grundstücks die Ersatzpflicht des B kannte; denn sowenig X einen Anspruch darauf hatte, daß der Gläubiger sich aus dem Grundstück des A befriedige, sowenig konnte er sich darauf verlassen, daß sein Grundstück frei werde, wenn der Gläubiger sich an das andere Grundstück hält (anders natürlich, wenn X das Grundstück nach § 892 gutgläubig hypothekenfrei erwirbt). Andererseits verdient A Schutz dage-

---

82) So aber Haase, S. 34 f., 40 f.

gen, daß B ihn durch bloße Veräußerung des Grundstücks der dinglichen Sicherung für den künftigen Ersatzanspruch berauben kann.

Befriedigt der Gläubiger sich zwangsweise aus einem der Grundstücke, so erlangt dessen Eigentümer die Hypothek an jedem der anderen Grundstücke nur insoweit, als er von dessen Eigentümer Ersatz verlangen kann, §§ 1181 Abs. 2, 1182. Da die Hypothek am Grundstück des in Anspruch genommenen Eigentümers nach § 1181 Abs. 1 erloschen ist, entstehen für ihn regelmäßig Einzelhypotheken an den Grundstücken der ausgleichspflichtigen Eigentümer. Eine solche Hypothek geht jedoch nach § 1182 S. 2 sämtlichen anderen an dem betreffenden Grundstück bestehenden Grundpfandrechten im Range nach, ist für den Ausgleichsberechtigten also meist wertlos.

c) Unter welchen Voraussetzungen kann nun der zahlende Eigentümer von einem anderen Eigentümer Ersatz fordern? Sicherlich dann, wenn die Ersatzpflicht des anderen durch eine ausdrückliche Vereinbarung, durch gesetzliche Sondervorschriften oder durch die gesamten Umstände (stillschweigende Vereinbarung) begründet ist. Haben die Gesellschafter A, B und C der X-GmbH dem G an ihren Grundstücken eine Gesamthypothek zur Sicherung einer Forderung des G gegen die Gesellschaft bestellt, so ergibt sich aus dem engen Zusammenhang der Hypothekenbestellung mit der Beteiligung an der Gesellschaft, daß A, der den Gläubiger befriedigt, um die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu vermeiden, den Schaden nicht allein zu tragen braucht, sondern von den übrigen Gesellschaftern entsprechend der Beteiligung an der X-GmbH Ausgleichung verlangen kann, wenn die Gesellschaftskasse leer ist.

Damit sind die möglichen Grundlagen eines Ersatzanspruches aber auch schon erschöpft: Geht ein solcher weder aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abrede, noch aus einer Sondervorschrift hervor, so bleibt es bei der Regel des § 1173 Abs. 1, wonach die Hypothek am Grundstück des zahlenden Eigentümers zur Eigentümergrundschuld wird, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Eine allgemeine Bestimmung, daß der den Gläubiger befriedigende Eigentümer von den übrigen Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke im Zweifel Ausgleich nach Kopfteilen, nach dem Wert der Grundstücke oder nach anderen Maßstäben fordern kann, gibt es - im Gegensatz zu den §§ 769, 426 Abs. 1 für Mitbürgen - nicht.

Es hat allerdings nicht an Versuchen gefehlt, eine allgemeine Ausgleichspflicht auch hier aus dem Gesetz abzuleiten.

aa) Cohn, Evers und Oellers [83] gehen davon aus, daß der jeweilig Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks zur Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück verpflichtet sei; dem Sachhaftungsrecht sei ein obligatorisches Verhältnis immanent, aus dem sich die Verpflichtung des dinglichen Sicherers ergebe, an den Gläubiger zu zahlen, um die Veräußerung seine Sache zu verhindern[84]. Das gehe klar aus dem Gesetz selbst hervor: So werde nach § 1113 das Grundstück durch eine Hypothek in der Weise belastet, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme "aus dem Grundstück zu zahlen" sei; wo aber eine Zahlungspflicht bestehe, müsse auch ein Verpflichteter vorhanden sein, und dafür komme nur der Grundstückseigentümer in Betracht. In § 95 Abs. 2 werde die Hypothek als Recht bezeichnet, "kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann", in den §§ 592 S. 2, 688 Abs. 1 S. 2, 794 Ziff. 5 ZPO werde von dem "Anspruch aus der Hypothek" gesprochen. In den §§ 1141, 1142, 1160, 1193 sei von Fälligkeit, Kündigung und Mahnung die Rede, in § 1194 von Zahlungsort; nach § 1146 könne der Grundstückseigentümer sogar in Verzug kommen. - Sei demnach bei einer Gesamthypothek jeder Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück verpflichtet, so seien die Eigentümer Gesamtschuldner. § 426 Abs. 1, wonach Gesamtschuldner einander im Zweifel zu gleichen Teilen verpflichtet seien, komme auf sie also unmittelbar zur Anwendung. Deshalb habe der Gesetzgeber in § 1173 auf eine besondere Ausgleichsregelung verzichten können, und er habe bei der Abfassung dieser Bestimmung die Anwendbarkeit des § 426 Abs. 1 auch offensichtlich vorausgesetzt.

Diese Ansicht ist unzutreffend: Den Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks trifft keine Leistungspflicht. Er hat nur zu dulden, daß der Gläubiger sich aus dem Grundstück befriedigt; statt dessen kann er wohl die Hypothekensumme an den Gläubiger zahlen, um die Versteigerung seines Grundstücks abzuwenden, § 1142, er muß es aber nicht. Die Hypothek schafft keine obligatorischen Beziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Gläubiger, sondern sie verleiht dem Gläubiger nicht mehr und nicht weniger als ein dingliches Verwertungsrecht am Grundstück. Etwas anderes ergibt sich auch aus den Gesetzesbestimmungen nicht, die die Richtigkeit der abgelehnten Ansicht erweisen sollen. In den §§ 952 Abs. 2, 1113 BGB, §§ 592 S. 2, 688 Abs. 1 S. 2, § 794 Ziff. 5 ZPO bedient das Gesetz sich einer abkürzenden Ausdrucksweise; welche Rechte die Hypothek dem Gläubiger wirklich gibt, ist dem § 1147 zu entnehmen

---

83) Cohn, S. 413; Evers, S. 19 ff., 30 ff.; Oellers, S. 36 ff., 54 ff.

84) Sogen. "Theorie der Realobligation". Ähnlich auch die von Gierke, Dt. PrivR Bd. II, S. 852 ff. begründete "Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung".

danach erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Wenn das Gesetz in den §§ 1137, 1157 von Einreden, in § 1142 von Fälligkeit, in den §§ 1141, 1160 von Kündigung und Mahnung spricht, so wendet es Begriffe aus dem Schuldrecht auf vergleichbare sachenrechtliche Sachverhalte an, für die es keine Spezialbezeichnungen gibt; so ist eine Einrede im Sinne der §§ 1137, 1157 kein Leistungsverweigerungsrecht, sondern ein "Recht, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen" (§ 1160); Fälligkeit bedeutet in § 1142 nicht, daß der Eigentümer jetzt eine Leistung erbringen muß, sondern daß der Gläubiger die Hypothek geltend machen darf, usw. § 1146, aus dessen Wortlaut schon hervorgeht, daß von Verzug des Eigentümers eigentlich nicht gesprochen werden kann, ordnet nur eine der normalen Verzugsfolgen an und paßt diese dem dinglichen Charakter der Hypothek an: dem Gläubiger gebühren Verzugszinsen aus dem Grundstück; diese Bestimmung bestätigt den allgemeinen Grundsatz, daß schuldrechtliche Vorschriften auf Sachenrechte und damit auch auf die Hypothek nur Anwendung finden, wenn und soweit dies ausdrücklich angeordnet ist. In § 68 KO werden die Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke zwar ebenso behandelt wie Gesamtschuldner [85], aber dort wird ausdrücklich auf das Haften, nicht auf das Schulden abgestellt[86].

Ist der einzelne Eigentümer zu keiner Leistung verpflichtet, so können die mehreren Eigentümer, an deren Grundstücken die Gesamthypothek besteht, nicht Gesamtschuldner sein, auf die § 426 Abs. 1 direkt Anwendung finden könnte. Selbst wenn § 426 Abs. 1 aber auf das Verhältnis der Eigentümer zueinander an sich passen würde, wäre er doch durch die Fassung des § 1173 ausdrücklich ausgeschlossen.

bb) Dies wird von Schulz und Schmidt [87] freilich bestritten. Schulz unterscheidet zwischen einem "Regreß grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten", dem Rückgriff des nur formell Verpflichteten gegen den materiellen Schuldner, und einem "Regreß zwecks Ausgleichung", dem Ausgleich zwischen mehreren nur formell Verpflichteten, und glaubt den Rechtssatz aufstellen zu können, daß unter mehreren Drittsicherern immer ein Ausgleich nach Köpfen stattfinde. § 1173 regle

---

85) Daraus glaubt Bendix, S. 91, etwas für die Gegenmeinung herleiten zu können.

86) Zur Auseinandersetzung mit der Theorie der Realobligation vgl. Wolff-Raiser § 132, wo diese Fragen am besten dargestellt sind, und Sternberg, S. 558. Die weitaus h.M. sieht in der Hypothek heute ein dingliches Verwertungsrecht.

87) Schulz, S. 70 ff.; Rud. Schmidt, S. 96 ff.

nur den Regreß grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, also den Fall, daß einer der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist; für den Regreß zwecks Ausgleichung lasse die Vorschrift dagegen durchaus die Anwendung jenes allgemeinen Rechtssatzes zu. Schmidt, der § 426 Abs. 1 auch bei der Gesamthypothek für einschlägig hält, meint, man könne der Formulierung des § 1173 nicht entnehmen, daß das Erlöschen der Hypothek an den Grundstücken der übrigen Eigentümer die Regel, ihr Übergang auf den zahlenden Eigentümer die das Vorhandensein eines besonderen Rechtsverhältnisses voraussetzende Ausnahme darstellen solle, denn auch in § 101 sei als Regel behandelt, was in Wahrheit die Ausnahme sei, und als Ausnahme, was in Wahrheit das Normale sei.

Schulz ist den Nachweis, daß das Gesetz den allgemeinen Grundsatz anteiliger Ausgleichspflicht zwischen mehreren Drittsicherern enthält, schuldig geblieben. Schmidt ist entgegenzuhalten, daß es sich in § 101 um ein rein statistisches, in § 1173 dagegen um ein logisches Regel-Ausnahme-Verhältnis handelt; hat der Gesetzgeber an einer Stelle die Statistik nicht beachtet, so läßt das noch keineswegs vermuten, daß er an anderer Stelle auch gegen die Rechtslogik verstoßen haben könnte. Und selbst wenn man diesen Unterschied außer acht lassen dürfte: eine mißglückte Gesetzesbestimmung hebt die grundsätzliche Bindung des Auslegers an den Gesetzeswortlaut noch lange nicht auf. Gegen beide spricht neben der bei unbefangener Betrachtung ganz unmißverständlichen Fassung des Gesetzes eindeutig auch die Entstehungsgeschichte. In der 2. Kommission, die den § 1173 formulierte, wurde von einer gesetzlichen Verteilung der Haftungslast ausdrücklich Abstand genommen[88].

cc) Strohal [89] will den Eigentümer stets in die Hypothek an den anderen Grundstücken eintreten lassen, soweit seine Leistung an den Gläubiger den Wert seines Grundstücks übersteigt. § 1173 gehe bei seinen Bestimmungen offenbar von der Voraussetzung aus, daß die Forderung durch den Wert des dem zahlenden Eigentümer gehörenden Grundstücks gedeckt sei; dafür spreche besonders, daß die rechtsgeschäftliche Übertragung des Gläubigerrechts auf einen Eigentümer der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gleichgestellt werde. Soweit jene Voraussetzung nicht vorliege, stehe der Eigentümer "bezüglich des Eintritts in

---

88) Mugdan, Bd. III, S. 866 f. - Gegen Schulz auch Leichsering, S. 44; Wüllenweber, S. 63 f.; Muermann, S. 32 f.; Quedenfeld, S. 38 f.; K. Weiß, S. 53. Gegen Schmidt Muermann, S. 32 f.

89) IherJ 61, 93 Anm. 58; ebenso S. 98 Anm. 66 für das Gesamtpfandrecht, S. 74 f. und DJZ 1903, 376 f. für das Verhältnis Bürge - Drittverpfänder. Zustimmend Martinius, S. 543 f. (Gesamtpfandrecht); Muermann, S. 42, Tasse, S. 61 ff., Vahldiek, S. 42 Anm. 47, OLG Königsberg SeuffA 76, 137 f., sämtlich für das Verhältnis Bürge - Drittverpfänder.

falle Rechte des befriedigten Gläubigers jedem anderen Interessenten gleich, der zur Einlösungszahlung berufen" sei.

Zunächst ist der Fall auszuklammern, daß für die Forderung des G von 10 000 DM A sein Grundstück in voller Höhe, B das seinige nur in Höhe von 5000 DM belastet hat. Hier besteht nur eine Gesamthypothek von 5000 DM, die B durch Zahlung dieses Betrages an G ablösen kann, die er dann aber am Grundstück des A nur in Höhe eines Ersatzanspruches gegen diesen erwirbt. Leistet B mehr, so tut er das nicht als Eigentümer im Sinne der §§ 1143, 1173, sondern als Dritter ohne Ablösungsrecht. Gemäß § 267 kann ihm eine solche Zahlung keinesfalls den Eintritt in die Einzelhypothek am Grundstück des A verschaffen[90]). - Strohal hat aber wohl den Sachverhalt im Auge, daß auch das Grundstück des B mit 10 000 DM hypothekarisch belastet ist, G durch seine Versteigerung jedoch nur 5000 DM erlösen könnte. Hier muß B bei einer Inanspruchnahme durch G wohl überlegen, ob ihm die Erhaltung seines Grundstücks die Zahlung von 10 000 DM wert ist. Verneint er das, so muß er es zur Zwangsvollstreckung in sein Grundstück kommen lassen. Befriedigt er dagegen den G in vollem Umfang, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, so geht die Hypothek am Grundstück des A nur auf ihn über, soweit die Voraussetzungen des § 1173 Abs. 2 vorliegen. Für einen automatischen Eintritt des B in Höhe von 5000 DM läßt sich weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Zweck des Gesetzes etwas entnehmen [91]).

Die Auslegung des § 1173 Abs. 2 führt also zu dem Ergebnis, daß er weder selbst eine allgemeine Ausgleichungsvorschrift enthält, noch auf eine solche Bezug nimmt; die Hypothek am Grundstück eines der anderen Eigentümer soll auf den zahlenden Eigentümer vielmehr nur dann übergehen, wenn auf Grund von Vereinbarungen, von Sondernormen oder nach den gesamten Umständen zwischen beiden ein besonderes Auslgeichsverhältnis besteht.

4. Man hat die Regelung des § 1173 vielfach [92]) für unbillig erklärt. Hätten zwei Eigentümer ihre Grundstücke zur Sicherung einer fremden Forderung gleich

---

90) A.A. nur Schulz, S.53, der jedem zahlenden Dritten ein Eintrittsrecht zubilligt; dagegen Staudinger-Brändl 20, RGRK-Fischer 14, je zu § 774.

91) Wie hier Braun-Melchior, S.210 ff.; Barkhausen (der aber die beiden Fälle nicht sauber unterscheidet), S. 26f., für das Gesamtpfand; RGRK-Kregel 3 zu § 1225 für das Verhältnis Bürge - Verpfänder.

92) Vgl. Koban, S.201f.; Barkhausen, S.15f.; Förster, S.30; Oellers, S.55f.; Quedenfeld, S.37 ff.; K. Weiß, S. 51 f.

hoch belastet, so sei es unbefriedigend, wenn derjenige, der vom Gläubiger zufällig in Anspruch genommen werde, den Schaden allein tragen müsse, während der andere völlig ungerupft davonkomme; die Billigkeit verlange vielmehr, daß die Last gleichmäßig auf beide verteilt werde. Außerdem könne es keinen Unterschied machen, ob die beiden sich für die Forderung verbürgten oder an ihren Grundstücken zur Sicherung derselben eine Gesamthypothek bestellten; gewähre das Gesetz im ersten Fall einen Ausgleich, so müsse es ihn im zweiten ebenfalls gewähren. Auch das Interesse des Grundstückseigentümers an möglichst weit gehender Ausnutzung des Grundstückswertes für den Realkredit sei durch § 1173 vernachlässigt worden, denn eine Beleihung der der Gesamthypothek folgenden Rangstelle sei leichter möglich, wenn der Kreditgeber wisse, daß das Grundstück im Endergebnis doch nur einen Teil der Gesamthypothek zu tragen habe. Ein weiterer Nachteil der gesetzlichen Regelung sei, daß sie unter den Eigentümern einen "Wettlauf vom Gläubiger weg" hervorrufe. Jeder versuche, den Gläubiger mit allen - vor allem auch mit unlauteren - Mitteln dazu zu bewegen, daß er sich aus einem anderen Grundstück befriedige. Schließlich verstoße eine Regelung, die es dem Zufall überlasse, welcher Eigentümer den Schaden zu tragen habe, gegen die Rechtssicherheit.

Obwohl die Auslegung des § 1173 zu einem eindeutigen Ergebnis geführt hat, müssen diese Angriffe auf ihre Berechtigung geprüft werden; denn es konnte sein, daß die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenbewertung fehlerhaft und die Folgen dieses Fehlers so einschneidend sind, daß eine Rechtsfortbildung im Sinne von Larenz, eine primäre Gesetzesberichtigung im Sinne von Bender [93] vorgenommen werden muß.

Angesichts der heftigen Angriffe ist interessant, was die Gesetzesverfasser zu ihrer Entscheidung veranlaßt hat. Die Motive zu § 1078 des 1. Entwurfs[94] behandeln zwar nur das Verhältnis der Grundstückseigentümer zum Gläubiger; doch läßt sich aus ihnen und den Protokollen über die Beratung in der 2. Kommission[95] zusammen ein ziemlich vollständiges Bild über die Beweggründe gewinnen, die zu der gesetzlichen Regelung geführt haben: Man müsse nicht notwendig von einer "Sozietät" zwischen den Grundstücken ausgehen, denn eine solche könne nur durch Vertrag und überdies nicht zwischen Grundstücken begründet werden. Der Eigentümer, aus dessen Grundstück die Hypothek ganz beigetrieben werde, geschehe kein Unrecht, denn die Gesamthypothek habe in ihrem ganzen Betrag sein Grundstück belastet, und er habe nicht damit rechnen dürfen, daß er aus der Mithaft anderer Grundstücke einen Vorteil haben werde. Überdies sei eine gerechte

93) Larenz, Methodenlehre, S. 303 ff.; Bender, S. 600 f.
94) Der § 1132 BGB entspricht; Motive Bd. III, S. 685 f.
95) Mugdan Bd. III, S. 866 f.

sind praktisch durchführbare Ausgleichungsweise kaum zu finden, denn nach Versteigerung aller Grundstücke sei fraglich, ob von gleichen Anteilen oder vom Verhältnis der bei jedem Grundstück für die Gesamthypothek verfügbaren Massen ausgegangen werden solle. Die zunächst näher liegende zweite Möglichkeit versage völlig, wenn nur eines der Grundstücke versteigert werde; dann müsse der Wert der anderen Grundstücke geschätzt werden, was immer zu Unsicherheiten, Verzögerungen und in Zeiten veränderlicher Grundstückspreise zu Ungerechtigkeiten führe. Sehe man aber für die Fälle, in denen der Gläubiger sich zwangsweise aus der Gesamthypothek befriedige, von einer Ausgleichsregelung ab, so könne man bei freiwilliger Zahlung eines Eigentümers nicht anders entscheiden. In allen Fällen sei es dann besser, den zuerst belangten Eigentümer den Schaden tragen zu lassen als ihm durch Vollübertragung der Gesamthypothek die Abwälzung des Schadens auf einen anderen Eigentümer zu ermöglichen.

Diese Begründung enthält einige wesentliche Gedanken: Für die Ausgleichsfrage ist es gerade nicht gleichgültig, ob mehrere Dritte eine Forderung durch Bürgschaft oder durch eine Gesamthypothek sichern. Die Mitbürgen sind dem Gläubiger persönlich verpflichtet; ohne seine Zustimmung können sie sich von dieser Verpflichtung nicht befreien. Da jeder Bürge eine Schuld auf sich genommen hat und da alle demselben Gläubiger für denselben Zweck verpflichtet sind, kann der Gesetzgeber die Bürgen auch untereinander durch schuldrechtliche Bande verknüpfen, sie zu einer "Gefahrengemeinschaft" zusammenschließen. Bei der Gesamthypothek dagegen stehen nur die belasteten Grundstücke ein- für allemal fest; ihre Eigentümer, die dem Gläubiger nicht persönlich schulden, sind beliebig auswechselbar. Die Grundstückseigentümer, die die Gesamthypothek begründen, zu einer Gefahrengemeinschaft zusammenzufassen, ist unbefriedigend, denn bis die "Gefahr" der Inanspruchnahme sich realisiert, können sie ihre Grundstücke längst veräußert haben und an deren Schicksal völlig uninteressiert sein. Überdies würde man ihnen mit einer gesetzlichen Ausgleichspflicht Gewalt antun: sie wollten ja nur das Grundstück zur Sicherheit stellen, also gerade keine persönliche Verpflichtung eingehen. Der zweite Gesichtspunkt spricht auch gegen die Möglichkeit, diejenigen zum Ausgleich heranzuziehen, die im Zeitpunkt der Zahlung an den Gläubiger oder der Zwangsvollstreckung Eigentümer sind. Eine Haftungsgemeinschaft wie bei Mitbürgen würde unter diesen ad hoc festgestellten Personen ohnehin nicht bestehen; verschiedene Gruppen von Berechtigten und Verpflichteten würden sich bilden, wenn die Befriedigung in mehreren Etappen erfolgt und die Eigentümer in der Zwischenzeit wechseln. - Schließlich könnte man noch daran denken, die Gesamthypothek an den übrigen Grundstücken auf den zahlenden Eigentümer unabhängig vom Bestehen schuldrechtlicher Ansprüche teilweise übergehen zu lassen; aber dann wäre es kaum möglich, den Hypothekenübergang tatsächlich vorhandenen Ausgleichsansprüchen der Höhe nach anzupassen.

Jeder dieser Alternativen ist m.E. der vom Gesetzgeber gewählte Weg vorzuzie
hen, keinen gesetzlichen Ausgleich anzuordnen und es den Eigentümern zu übe
lassen, ob sie eine Verteilung der Last vereinbaren wollen. Tun sie das, so hab
sie neben der Belastung ihres Grundstücks zusätzlich eine persönliche Verpflich
tung übernommen, die nicht dadurch berührt wird, daß der Verpflichtete sein
Grundstück veräußert. Damit, daß der Gesetzgeber die Erfüllung dieser Verpfli
tung durch (Teil-) Übertragung der Gesamthypothek auf den Berechtigten siche
stellt, greift er nicht in die Willensentscheidung der Beteiligten ein, sondern u
terstreicht diese nur.

Dazuhin hat die Feststellung, es sei fast unmöglich, einen gerechten Ausgleich
maßstab zu finden, mehr Gewicht, als man auf den ersten Blick annehmen mö
Auch unter den Grundstückseigentümern scheint eine Verteilung der Schuldlast
nach Köpfen angemessen zu sein: wie es für die Ausgleichspflicht eines Bürgen
gegenüber seinem Mitbürgen nicht darauf ankommt, ob das Vermögen eines je
zur vollen Befriedigung des Gläubigers ausreicht, so sollte die Ausgleichspflich
eines Eigentümers gegenüber den übrigen nicht davon abhängen, ob der Wert d
einzelnen Grundstücks die Gesamthypothek deckt; man könnte höchstens daran
denken, die Haftung für die Ausgleichspflicht auf das Grundstück des Verpflich
ten zu beschränken. - Und doch besteht gerade in dieser Hinsicht ein wesentlic
Unterschied zwischen der Verbürgung und der Hypothekenbestellung: Die Bürge
haften dem Gläubiger für die Bürgschaftssumme prinzipiell unbeschränkt, die G
stückseigentümer haften für die Hypothekensumme von vornherein nur mit den
Grundstücken. Wenn für eine Forderung von 10 000 DM A an seinem Grundstüc
im Schätzwert von 12 000 DM und B an seinem Grundstück im Schätzwert von
2000 DM eine Gesamthypothek (in Höhe von 10 000 DM!) bestellen, so kommt
darin zum Ausdruck, daß B auf jeden Fall nur mit einem Gegenstand für die Fo
derung haften soll und will, dessen Wert die Forderung wohl niemals ganz deck
wird. Dann kann man aber nicht mehr von "anteiligem" Ausgleich sprechen,
wenn B dem den Gläubiger befriedigenden A mit dem vollen Wert seines Grund
stücks auf Ausgleichung haften soll. - Es liegt also nahe, vom Wert der Grunds
auszugehen. Aber auch das führt zu Unzuträglichkeiten, etwa dann, wenn im o
gen Beispiel das Grundstück des A 40 000, das des B 20 000 DM wert ist: würd
man von den Wertverhältnissen ausgehen, so müßte man im Verhältnis 2:1 teil
obwohl die Gesamthypothek aus jedem der Grundstücke hätte voll realisiert we
den können. Selbst wenn man differenzieren wollte - bei Grundstücken, die di
Hypothekensumme nicht decken, wird der Wert berücksichtigt, bei anderen Gr
stücken nicht -, käme man aus dem Dilemma nicht heraus; man denke an die
Möglichkeit, daß der Gläubiger nicht auf einmal befriedigt wird, und daran, w
sprunghaft die Grundstückspreise oft steigen! Daß die Feststellung der Grundstüc
werte große Schwierigkeiten bereiten und zu Unbilligkeiten führen würde, dara
weisen die Motive eindringlich genug hin.

Wie steht es mit den übrigen Einwänden gegen § 1173, auf die die Motive und Protokolle keine Antwort geben ? Das Bild eines "Wettlaufs vom Gläubiger weg" trifft nicht zu, denn die Grundstücke, aus denen der Gläubiger sich allein befriedigen darf, können seinem Zugriff nicht entzogen werden. Richtig ist, daß keiner der Eigentümer zahlen wird, wenn ihm der Verlust seines Grundstücks nicht unmittelbar droht, aber dieses Druckmittel hat der Gläubiger ja gerade in der Hand. - Die Möglichkeit einer weiteren Beleihung der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke könnte durch einen gesetzlichen Ausgleich kaum verbessert werden. Der Nachhypothekar müßte immer mit einem Totalausfall des Gläubigers an den übrigen Grundstücken oder mit deren Freigabe rechnen; würde der Gläubiger sich gerade aus dem zu beleihenden Grundstück befriedigen, so würden dem Nachhypothekar Ausgleichsansprüche des Eigentümers gegen die Eigentümer der übrigen Ansprüche ohnehin nichts mehr nützen.

Nun zum Korruptionsargument: Auf Grund der §§ 48, 55 GBO ist davon auszugehen, daß es einem Grundstückseigentümer stets bekannt ist, wenn außer seinem Grundstück noch das eines Dritten für dieselbe Forderung haftet. Liegt es für den einzelnen Eigentümer, der weiß, daß die auf seinem Grundstück lastende Hypothek eine Gesamthypothek ist, wirklich nahe, einen "Bestechungsversuch" beim Gläubiger zu unternehmen, damit dieser seine Befriedigung aus dem Grundstück eines anderen Eigentümers suche ? Muß er nicht darauf gefaßt sein, daß der andere Eigentümer dem Gläubiger noch mehr bietet ? Würde der Gläubiger sich dann trotz des "Geschenks" an den ersten Eigentümer halten, so würde dieser außer der Hypothekensumme auch noch das Bestechungsgeld verlieren, § 817 S. 2. Viel besser kann der einzelne Eigentümer sich doch dadurch sichern, daß er sich mit dem anderen Eigentümer arrangiert, mit ihm einen Ausgleichsmodus aushandelt, wobei die besonderen Umstände des Einzelfalles gebührend berücksichtigt werden können. Durch die Bereitschaft zu solcher Vereinbarung kann jeder Eigentümer zur Verhinderung dunkler Machenschaften beitragen. Sollte doch einmal eine Kollusion nachweisbar sein, so wird man über § 826 Abhilfe schaffen können. Fehlt eine dem § 776 entsprechende Bestimmung zum Schutze des ausgleichsberechtigten Eigentümers, was zunächst unterstellt, später [96] nachgewiesen werden soll, so kann man übrigens auch durch eine Ausgleichsregelung die Gefahr der Korruption nicht völlig bannen: dann kann der einzelne Eigentümer dem Gläubiger dafür Vorteile anbieten, daß dieser sein Grundstück freigibt und sich aus den anderen befriedigt. - Wenn der Gläubiger die Möglichkeit hat, auf die Hypothek an einzelnen Grundstücken zu verzichten, ohne daß dadurch die Haftung der übrigen Grundstücke berührt wird, sind alle Versuche, eine ein- für allemal feststehende,

---

96) Unten zu 7., S. 60 ff.

von der Willkür des Gläubigers unabhängige Verteilung der Haftungslast sicherzustellen, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Eine Gefährdung der Rechtssicherheit liegt in diesem weiten Handlungsspielraum des Gläubigers nicht: Der Rechtsverkehr muß davon ausgehen, daß jedes der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke möglicherweise in voller Höhe der Belastung zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen wird.

Es hat sich gezeigt, daß keines der gegen die gesetzliche Regelung vorgebrachten Bedenken wirklich begründet ist, daß diese Regelung vielmehr unproblematische ist und zu meist billigeren Ergebnissen führt als die Gegenvorschläge. Ein Rechtsnotstand, der eine Korrektur des Gesetzes rechtfertigen würde, ist mithin nicht gegeben; § 1173 muß so angewendet werden, wie er oben zu 3. ausgelegt wurde[97]).

Auf einen Punkt ist in diesem Zusammenhang noch kurz einzugehen. Bei der Auslegung des § 1225 wird zuweilen gesagt, der § 1173 stelle eine völlig singuläre Vorschrift dar, die keiner Analogie fähig sei. Denn die Gesetzesverfasser seien sich darüber klar gewesen, daß im Grunde auch hier ein Ausgleich kraft Gesetzes am Platze sei; nur habe man sich eben nicht einigen können, in welcher Form diese Ausgleichung stattfinden solle, und deshalb sei man bei der Verlegenheitslösung stehengeblieben, von einer gesetzlichen Verteilung der Haftungslast ganz abzusehen. - So kam § 1173 nicht zustande und so darf er auch heute nicht abgewertet werden! Die Gesetzesverfasser haben die grundsätzliche Regreßlosigkeit der Gesamthypothek für die bestmögliche Gestaltung gehalten, und ihre Überlegungen haben, wie bereits dargelegt, auch aus heutiger Sicht sehr viel für sich.

5. Soweit der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt und von dem Eigentümer eines anderen Grundstücks Ersatz verlangen kann, erwirbt er nach § 1173 Abs. 2 die Hypothek an beiden Grundstücken als Gesamthypothek. Das Gesetz macht hier eine Ausnahme vom Grundsatz des § 1173 Abs. 1, wonach die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt: In Höhe des Ersatzanspruchs leitet es die Hypothek am

---

97) Im Ergebnis ebenso Sternberg, S. 548; Strohal, IherJ 61, 92; Braun-Melchior, S. 190; Tasse, S. 37; Muermann, S. 31 f. -
Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Stellungnahmen von Wolff-Raiser § 140 V 1, § 148 VII 2; Westermann § 103 III 5, § 109 IV 4; Heck, SachenR, S. 385, 428; Quedenfeld, S. 37 ff.; K. Weiß, S. 51 ff.; Vahldiek, S. 28 f.; diese Schriftsteller halten den § 1173 für verbindlich, obwohl sie in allen anderen Fällen mehrfacher Dritt

Grundstück des Ersatzpflichtigen auf den Ersatzberechtigten über und stellt sie damit in den Dienst von dessen Rückgriff. Es findet eine (horizontale und vertikale) Aufspaltung der Gesamthypothek und ein echter Übergang einer Teilgesamthypothek auf den Ersatzberechtigten statt (es handelt sich nicht um eine Fiktion!).

a) Zu welcher Forderung ist diese Teilgesamthypothek nach dem Übergang akzessorisch? Oben [98] wurde schon darauf hingewiesen, daß die h.M. eine gesetzliche Forderungsauswechslung annimmt: die übergegangene Gesamthypothek sichere nicht mehr die bisherige Hypothekenforderung, sondern allein den Ersatzanspruch. Daran ist sicher so viel richtig, daß nicht die Gesamthypothek an jedem Grundstück eine andere Forderung sichern kann, etwa am Grundstück des Ersatzberechtigten die Hauptforderung, am Grundstück des Ersatzpflichtigen die Ersatzforderung [99]; das wäre mit dem Charakter der Gesamthypothek als eines einheitlichen Rechts unvereinbar. Der h.M. ist auch zuzugeben, daß die "Ersatzhypothek" nicht nur bei ihrem Übergang auf den Ersatzberechtigten, sondern auch weiterhin in Bestand, Zuständigkeit und Durchsetzbarkeit von der Ersatzforderung abhängig ist: Erlischt die Forderung, so steht die Gesamthypothek nach § 1172 dem ausgleichsberechtigten und dem ausgleichspflichtigen Eigentümer gemeinschaftlich zu. Bei einer Abtretung der Forderung geht die Hypothek mit über; wird sie von der Abtretung ausgeschlossen, so kann sie nicht unverändert in der Hand des Zedenten bleiben; vielmehr ist auch in diesem Fall § 1172 entsprechend anzuwenden. Mit Einreden gegen die Forderung kann der Ersatzpflichtige auch der Geltendmachung der Hypothek widersprechen.

Eine Forderungsauswechslung würde aber außer der Bindung der Ersatzhypothek an eine neue Forderung noch die Lösung von der alten bedingen. Eine solche Trennung von der Hauptforderung scheint mir hier ebenso unmöglich zu sein wie bei der nach § 769, 426 Abs. 2 übergegangenen Bürgschaftsforderung [100]. Konnte der ausgleichspflichtige Eigentümer der Geltendmachung der Hypothek bisher mit Einreden widersprechen, die der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger hatte (§ 1137), so dürfen ihm diese Einreden nicht durch eine Forderungsauswechslung ge-

---

sicherung einen Ausgleich nach gleichen Teilen vertreten.

98) Zu Anm. 69. - Außer den dort Genannten nehmen eine Forderungsauswechslung an: Förster, S. 30; Oellers, S. 53. Dagegen Güthe-Triebel 20 zu § 22 GBO; Turnau-Förster II 5 zu § 1173; Schreiber, S. 324 ff.; Schneider, S. 21 ff.; Wüllenweber, S. 66 ff. (Akzessorietät nur zur bisherigen Hauptforderung).

99) Diese Meinung vertraten Lang, S. 307 ff., und Biermann, Recht 1905, 266 f.

100) Siehe oben S. 35 f.

nommen werden. Eine Tilgung der Hauptschuld muß hinsichtlich der Gesamthypothek die Rechtsfolgen des § 1172 auslösen, unabhängig davon, daß mit der Hauptforderung regelmäßig auch der Ersatzanspruch wegfällt. Befriedigt der ausgleichspflichtige den ausgleichsberechtigten Eigentümer - was regelmäßig als Zahlung auf Hypothek und Ersatzforderung anzusehen ist - so muß er in die nach § 1143 auf den ausgleichsberechtigten Eigentümer übergegangene Hauptforderung eintreten können; für einen derartigen Forderungsübergang ist aber die akzessorische Bindung des eingelösten Nebenrechts an die Hauptforderung gesetzliche Voraussetzung.

Wir haben es bei der Ersatzgesamthypothek also ebenso wie bei der übergegangenen Bürgschaftsforderung mit zweiseitiger Akzessorietät zu tun: die Hypothek ist einerseits von der Hauptforderung, andererseits auch von der Ersatzforderung abhängig. Erlischt eine der beiden Forderungen, so kommt § 1172 zur Anwendung; steht einer von ihnen eine Einrede entgegen, so kann nach § 1137 auch der Geltendmachung der Hypothek widersprochen werden. Wird ausdrücklich die Hauptforderung allein oder der Ersatzanspruch allein abgetreten, so treten wiederum die Folgen des § 1172 ein. Ob eine Hypothek gleichzeitig mehrere Forderungen sichern kann, ist umstritten [101]; sie kumulativ von der Hauptforderung und dem Ersatzanspruch abhängig zu machen, ist in jedem Falle unbedenklich; auch hierzu gilt das für die Mitbürgschaft Gesagte [102].

b) Keine konstruktiven Besonderheiten ergeben sich, wenn der zahlende Eigentümer vom Rechtsvorgänger eines anderen Eigentümers Ersatz verlangen kann. Beispiel: Die Forderung des G gegen S von 10 000 DM ist durch Gesamthypothek an einem Grundstück des A und an einem Grundstück des B gesichert. A und B haben vereinbart, einen etwaigen Verlust je zur Hälfte zu tragen. Nachdem B sein Grundstück an C veräußert hat, verlangt G von A unter Androhung der Klage Zahlung. Befriedigt A den G, so kann er von B Ausgleichung in Höhe von 5000 DM fordern. Nach § 1173 Abs. 2 erwirbt er in dieser Höhe die Gesamthypothek an seinem eigenen Grundstück und an dem des C; im übrigen geht die Hypothek am eigenen Grundstück als Eigentümergrundschuld auf ihn über, am Grundstück des C erlischt sie, §§ 1173 Abs. 1, 1177 Abs. 1. Erläßt A dem B die Ausgleichsschuld oder zahlt B an A, so steht die Gesamthypothek wegen ihrer

---

101) Bejahend RGZ 126, 272 ff.; KGJ 46, 229 (231 ff.); Rosenberg, JW 1928, 2441 ders., IherJ 80, 331 ff. Verneinend RGZ 75, 245 (247); 118, 354 (357 f.); v. Tuhr, Allg. T. I, S. 231 Anm. 7. Ohne klare Stellungnahme Wolff-Raiser § 134 Anm. 2.

102) Oben S. 39 f.

Abhängigkeit von der Ausgleichsforderung den Eigentümern A und C gemeinschaftlich zu, § 1172. Erläßt A nicht dem B, sondern dem S die Schuld, so treten ebenfalls die Folgen des § 1172 ein, weil die Gesamthypothek ja auch zur Hauptforderung akzessorisch ist. Die Ausgleichsforderung des A gegen B bleibt zwar bestehen; B wird jedoch im Wege der Einrede geltend machen können, A habe sich nach den Vereinbarungen in erster Linie an S halten müssen und könne nur bei einem Ausfall von B Teilersatz verlangen.

Auch § 1182 bringt nur insofern eine Abweichung, als die Ersatzhypothek, die auf der einen Seite von der Hauptforderung, auf der andern Seite vom Ersatzanspruch abhängt, keine Gesamthypothek, sondern eine Einzelhypothek am Grundstück des Ausgleichspflichtigen oder seines Rechtsnachfolgers im Grundstückseigentum ist.

c) Bei der hier vertretenen Lösung macht selbst der Fall keine großen konstruktiven Schwierigkeiten, daß die übrigen Eigentümer dem Zahlenden in vollem Umfang oder zu einem Teilbetrag als Gesamtschuldner ersatzpflichtig sind. Beispiel: Die Forderung des G gegen S von 10 000 DM ist durch Gesamthypothek an den Grundstücken von A, B und C gesichert. C, der selbst ein Interesse daran hatte, daß S den Kredit von G erhielt, hat sich A und B gegenüber verpflichtet, ihnen vollen Ersatz zu leisten, falls sie von G in Anspruch genommen würden. Außerdem haben A und B vereinbart, einen etwaigen Schaden untereinander auszugleichen. Muß A nun den G befriedigen, um sein Grundstück vor der Zwangsversteigerung zu retten, so kann er von B 5000 DM, von C 10 000 DM Ersatz verlangen; in Höhe von 5000 DM haften ihm also beide gesamtschuldnerisch. Nach § 1173 erlangt A die Gesamthypothek in dieser Höhe an sämtlichen Grundstücken, wegen weiterer 5000 DM nur am Grundstück des C und an seinem eigenen Grundstück. Die erste Teilhypothek ist kumulativ von der Hauptforderung und den Forderungen des A gegen B und C abhängig [103]. Zahlt B 5000 DM an A (im Zweifel auf die gegen ihn gerichtete Forderung und die Hypothek), so wird die Forderung des A gegen B getilgt; mit ihr erlischt die Forderung des A gegen C in Höhe von 5000 DM. B, der gegen C einen Ersatzanspruch in Höhe von 5000 DM hat, erwirbt die erste Teilhypothek an seinem eigenen Grundstück und an dem des C; am Grundstück des A erlischt sie; § 1173. Ausserdem geht die Hauptforderung in Höhe von 5000 DM auf B über. - Hatte B schon vor der Befriedigung des G durch A sein Grundstück an X veräußert und erfüllt er jetzt den Ersatzanspruch des A so steht die Teilgesamthypothek nach § 1172 den

---

103) Ist der Ersatzanspruch gegen B einredebehaftet, so kann allerdings nur B, nicht auch C der Geltendmachung der Hypothek unter Berufung auf diese Einrede widersprechen.

Eigentümern A, B und X gemeinschaftlich zu [104]). - Zahlt im Ausgangsfall nicht B, sondern befriedigt C den A, so erhält C durch cessio legis die Hauptforderung; weiter erwirbt er beide Teilhypotheken an seinem eigenen Grundstüc während sie an den übrigen Grundstücken untergehen.

6. Wie ist die Rechtslage, wenn einer der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist ?

a) Zahlt nicht der persönliche Schuldner, sondern ein anderer Eigentümer (oder befriedigt der Gläubiger sich aus dessen Grundstück), so kommen die §§ 1 1173 voll zur Anwendung [105]). Beispiel: Für die Forderung des G gegen S ist an den Grundstücken von S und E eine Gesamthypothek bestellt. Auf Drängen des G zahlt E. Nach § 1143 Abs. 1 geht auf ihn die Forderung des G gegen S über. Ka er damit auf jeden Fall von S im Sinne des § 1173 Abs. 2 "Ersatz verlangen", c setzt der Übergang der Gesamthypothek voraus, daß E außerdem noch einen Anspruch aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder einem sonstigen Rechtsverhältnis gegen S hat ? Man wird die übergegangene Forderung als Ersatzanspruch des E im Sinne des § 1173 Abs. 2 ansehen müssen, denn der Gesetzgeber hat die Gläubigerforderung ja gerade auf den zahlenden Eigentümer übergeleite um ihm unabhängig von einem besonderen Rechtsverhältnis zum persönlichen Schuldner eine Ersatzmöglichkeit gegen diesen zu gewähren. Zum Schutze des Schuldners ist es nicht erforderlich, einen besonderen Ersatzanspruch zu verlang da der Schuldner nach §§ 1143 Abs. 1 S. 2, 774 Abs. 1 S. 3 die Einwendungen aus einem besonderen Rechtsverhältnis ja auch der übergegangenen Gläubigerfor derung entgegensetzen kann. Hinzu kommt noch eine weitere Überlegung: Als b sonderer Ersatzanspruch käme niemals ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereic cherung in Frage, weil der Schuldner nicht bereichert ist, solange die Gläubige forderung bestehen bleibt; der zahlende Eigentümer kann also unter Umständen allein mit dieser Forderung zum Ersatz kommen, und nach dem Zweck des Gesetzes soll die Gesamthypothek doch auch dann auf ihn übergehen.

Wenn man aber die übergegangene Forderung als Ersatzanspruch genügen läßt, s wird man andererseits auch allein auf diese Forderung als Grundlage für den Hy-

---

104) Westermann § 109 V 4 will den umfangreichsten Anspruch als mit der H pothek verbunden ansehen, bei gleicher Höhe dem Berechtigten die Entsche dung überlassen. Danach würde die erste Teilhypothek in unserem Beispiel trotz Zahlung des B voll in der Hand des A bleiben - ein unbefriedigendes Ergebnis.

105) Eine Gesamthypothek liegt nach der Definition des § 1132 Abs. 1 S. 1 auch vor, wenn eines der belasteten Grundstücke dem persönlichen Schuldner ge hört, und in § 1173 ist dieser Fall nicht ausgenommen. Siehe auch unten b)

pothekenübergang abzustellen haben. Dann fällt hier die Hauptforderung, an die die Gesamthypothek gebunden bleibt, mit der Ersatzforderung zusammen, an die sie neu gebunden wird: die übergehende Hypothek ist nach wie vor allein von der Hauptforderung abhängig.

b) Zahlt der persönliche Schuldner oder befriedigt der Gläubiger sich aus seinem Grundstück, so findet § 1143 Abs. 1 keine Anwendung: die Forderung erlischt, auch wenn der Schuldner nur auf die Hypothek leistet. Bedeutet das, daß § 1143 Abs. 2 und der dort in Bezug genommene § 1173 ebenfalls unanwendbar sind? Schon der Wortlaut des § 1173 Abs. 1 S. 2, der die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers einer Zahlung gleichstellt, deutet darauf hin, daß die Frage verneint werden muß. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt: In der 2. Kommision, wo § 1173 seine heutige Form erhielt, war man sich darüber einig, daß diese Bestimmung stets Anwendung finden müsse, gleichgültig, ob der Eigentümer nur dinglich hafte oder zugleich persönlicher Schuldner sei [106]. Zahlt im obigen Beispiel S, so erwirbt er die Hypothek an seinem eigenen Grundstück; am Grundstück des E erlischt sie. Kann S von E ausnahmsweise Ersatz verlangen, dann geht insoweit die Hypothek an beiden Grundstücken auf ihn über. Da die Hauptforderung erloschen ist, hängt die übergegangene Gesamthypothek hier allein vom Ersatzanspruch ab. Das ist der einzige Fall, wo wirklich eine Forderungsauswechslung kraft Gesetzes stattfindet.

c) Westermann [107] bringt folgendes Beispiel: E_1 schuldet dem Gläubiger aus Darlehen 10 000 DM, dafür hat E_2 sich verbürgt; für die Darlehensschuld sind die Grundstücke des E_1 und des E_2 gesamthypothekarisch belastet. E_2 zahlt. "Um unlösbare Schwierigkeiten zu vermeiden", will Westermann hier und in allen Fällen, "in denen die Ersatzverpflichtung vom Schuldrecht in die Form des Übergangs der Forderung gekleidet ist", § 1173 ausschalten und ausschließlich § 1153 anwenden. Es ist zuzugeben, daß man so rasch zum richtigen Ergebnis kommt; trotzdem halte ich diesen Weg nicht für richtig. § 1143 Abs. 2 schließt den automatischen Übergang der Gesamthypothek mit der Forderung, wie er in den §§ 412, 401, 1153 vorgesehen ist, gerade aus und verweist auf § 1173, der den Hypothekenübergang von besonderen Voraussetzungen abhängig macht. Seine korrekte Anwendung führt im vorliegenden Fall keineswegs zu unlösbaren Schwierigkeiten: E_2 erbringt seine Leistung im Zweifel auf Bürgschaftsschuld und Gesamthypothek zugleich. Nach §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1 geht die Hauptforderung des G auf ihn über; mit ihrer Hilfe kann er von E_1 vollen Ersatz verlangen.

---

106) Vgl. die Protokolle bei Mugdan Bd. III, S. 857 ff., 865 f. - Das ist von Lehre und Rechtsprechung auch nie angezweifelt worden.

107) Westermann § 109 V 4.

Deshalb erwirbt er nach § 1173 auch die Gesamthypothek an beiden Grundstükken in vollem Umfang.

d) Wer sein Grundstück mit einer Gesamthypothek belastet, für die auch ein Grundstück des persönlichen Schuldners haftet, kann (falls sich aus dem Innenverhältnis nicht ein anderes ergibt) darauf rechnen, daß er bei Inanspruchnahme durch den Gläubiger vom Schuldner, notfalls aus dessen Grundstück, Ersatz erhält. Der Schuldner kann diese Aussicht nicht dadurch beeinträchtigen, daß er sein Grundstück veräußert: auch dann geht die Hypothek an diesem Grundstück nach § 1173 Abs. 2 auf den zahlenden Eigentümer über, weil er ja einen Ersatzanspruch gegen den Rechtsvorgänger des Erwerbers hat. Wie ist nun der folgende Fall zu beurteilen: An zwei Grundstücken des Schuldners S besteht eine Gesamthypothek für G. S veräußert zuerst das eine Grundstück an A, dann das andere an B, und er verspricht jedesmal, für die Rückzahlung des Hypothekenkapitals zu sorgen. Wenn A oder B den G befriedigt, dann erwirbt der Zahlende - so könnte man meinen - die Gesamthypothek in vollem Umfang, weil er einen Ersatzanspruch gegen S hat. Rechtsnachfolger im Sinne des § 1173 Abs. 2 kann jedoch nur derjenige sein, der sein Grundstück vom Ersatzpflichtigen erwarb, nachdem das Rechtverhältnis, aus dem der Ersatzanspruch etwächst, entstanden war. Demnach geht zwar auf den zahlenden A die Hypothek an beiden Grundstücken über, auf den zahlenden B dagegen nur an seinem eigenen Grundstück [108]. Hat S die Grundstücke gleichzeitig veräußert, so liegen weder bei A noch bei B die Voraussetzungen des § 1173 Abs. 2 vor.

7. Ist der ausgleichsberechtigte Eigentümer hiernach gegen Verfügungen des Ausgleichspflichtigen geschützt, so liegt die Frage nahe, ob er auch gegen Verfügungen des Gläubigers gesichert ist. Gibt es eine dem § 776 entsprechende Vorschrift zugunsten der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke ?

Diejenigen Schriftsteller, die für einen solchen Schutz des Eigentümers eintreten [109], gehen von § 1165 aus: Sei der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlösche die Forderung des Gläubigers gegen ihn insoweit, als er aus der Hypothek an dem vom Gläubiger freigegebenen Grundstück hätte Ersatz erlangen können; in dieser Höhe stehe die Hypothek an den nicht

---

108) So auch Strohal, IherJ 61, 88 f., von dem dieses Beispiel stammt; vgl. ferner Schulz, S. 64.

109) Planck-Strecker 4 c, Staudinger-Kober 4, je zu § 1173; Förster, S. 31; Evers, S. 35; Oellers, S. 63.

freigegebenen Grundstücken also nach § 1172 deren Eigentümern gemeinschaftlich zu. Entsprechendes müsse aber auch gelten, wenn der ausgleichsberechtigte Eigentümer nur mit dem Grundstück hafte; er könne, soweit er sich aus der Hypothek am Grundstück des entlassenen Eigentümers hätte Ersatz verschaffen können, die Befriedigung des Gläubigers verweigern und gemäß § 1169 dessen Verzicht auf die Hypothek an seinem eigenen Grundstück fordern. Demgegenüber vertritt Denecke [110] die Auffassung, der Gläubiger dürfe in dem ihm nach § 1132 zustehenden Recht, sich nach Belieben an eines der Grundstücke zu halten und das andere ganz oder teilweise freizugeben, nicht in dieser Weise beschränkt werden. § 1165 könne nur zur Anwendung kommen, wenn der ausgleichsberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner sei, und auch dann nur mit der Maßgabe, daß die Befreiung von der Schuld keinerlei Einfluß auf die dingliche Haftung habe.

Prüfen wir an einem Beispiel, wie sich die erste Auffassung auswirken würde: Für die Forderung des G gegen S von 10 000 DM besteht an je einem Grundstück von S, A und B eine Gesamthypothek, und zwar haben A und B ihre Grundstücke im Auftrag des S belastet. Macht nun G von dem Recht des § 1132 Abs. 2, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen, dergestalt Gebrauch, daß er die Gesamthypothek in Einzelhypotheken von je 5000 DM an den Grundstücken des A und des B umwandelt (weil diese ihm die größte Sicherheit zu bieten scheinen), so entwertet er damit die Gesamthypothek völlig: A und B können der Geltendmachung der Hypothek an ihren Grundstücken widersprechen, weil sie aus der Hypothek am Grundstück des entlassenen S vollen Ersatz hätten suchen und - so nehmen wir an - finden können. - Dieses Ergebnis scheint mir mit dem in § 1132 zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, dem Gläubiger bei der Verwertung der Gesamthypothek einen möglichst weiten Spielraum zu lassen und eine Aufteilung der Gesamthypothek in Einzelhypotheken zu fördern, nicht in Einklang zu stehen. Dagegen spricht auch § 1175 Abs. 1 S. 2, wonach der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek an einem Grundstück die Belastung der übrigen Grundstücke unberührt läßt. Aus beiden Vorschriften zusammen läßt sich m.E. entnehmen, daß der Gläubiger sich bei der Gesamthypothek - anders als bei der Mitbürgschaft mit ihrer gesetzlichen Ausgleichungspflicht - um die interne Verteilung der Haftungslast unter den Eigentümern nicht zu kümmern, auf sie keine Rücksicht zu nehmen braucht.

Auch die Entstehungsgeschichte gibt für die entsprechende Anwendung des § 1165 zugunsten der Grundstückseigentümer nichts her. Kober [111] behauptet zwar,

---

110) RGRK-Denecke 7 zu § 1173; ebenso wohl Palandt-Hoche 4 c zu § 1173.
111) Staudinger-Kober 4 zu § 1173.

in der 2. Kommission habe Einigkeit darüber bestanden, daß der Ersatzanspruch eines Eigentümers nicht durch Eingriffe des Gläubigers beeinträchtigt werden dürfe und man habe von der Schaffung einer besonderen Bestimmung nur abgesehen, um das Gesetz nicht mit unnötiger Kasuistik zu belasten. Eine Nachprüfung der von ihm angegebenen Stelle der Protokolle [112] zeigt jedoch, daß es dort um einen ganz anderen Sachverhalt ging, nämlich (bei Einsetzung der heutigen Paragraphenzahlen) um folgenden Antrag: " Hat in den Fällen der §§ 1173, ... der zum Rückgriff auf einen der Eigentümer Berechtigte das Erlöschen der auf ihn übergegangenen Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen herbeigeführt, so findet die Vorschrift des § 1165 entsprechende Anwendung." Gab also der ausgleichsberechtigte Eigentümer die Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen auf, in die er eingetreten war, und verhinderte er dadurch, daß jener durch Tilgung des Ausgleichsanspruchs die Hypothek nach § 1173 Abs. 1 erwerben konnte, so sollte der Ausgleichspflichtige auch von der persönlichen Schuld frei werden. Dagegen war von der Aufgabe eines Rechts durch den ursprünglichen Gläubiger nicht die Rede.

§ 1165 schützt demnach den Eigentümer, der nicht zugleich persönlich haftet, überhaupt nicht [113], den persönlichen Schuldner insoweit nicht, als die Belastung seines Grundstücks in Betracht kommt. Aber auch die Meinung von Denecke, wonach zwar die persönliche Schuld erlöschen soll, soweit die aufgegebene Hypothek dem Schuldner eine Ersatzmöglichkeit geboten hätte, dieses Erlöschen jedoch keinerlei Auswirkung auf die Gesamthypothek haben soll, erscheint gekünstelt. § 1165 betrifft den Fall, daß der persönliche Schuldner nicht zugleich Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der persönliche Schuldner dem Gläubiger nicht nur als solcher, sondern zugleich als Eigentümer, und sei es auch nur als einer der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke gegenübersteht. Deshalb findet § 1165 in diesem Fall auch hinsichtlich der persönlichen Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Gläubiger keine Anwendung [114].

8. Dem Hypothekenbesteller, der nicht zugleich Grundstückseigentümer ist, gibt das BGB expressis verbis keine besonderen Rechte. Überwiegend wird er deshalb als Dritter im Sinne von § 267 behandelt, auf den bei einer Zahlung an den Gläubiger dessen Rechte nicht kraft Gesetzes übergehen. Man darf diesen Umkehrschluß nicht

---

112) Protokolle Bd. III, S. 636, bei Mugdan Bd. III, S. 867.

113) So auch Barkhausen, S. 15 f.; Dähne, S. 74.

114) Damit ist auch das Gegenargument von Evers, S. 35, entkräftet, was dem persönlichen Schuldner zugute komme, müsse erst recht denen zugute kommen, die für ihn "gutgesagt" hätten.

mit der Überlegung, es komme ja höchst selten vor, daß ein bloßer Buchbesitzer einem Gutgläubigen eine Hypothek bestelle, einfach hinnehmen; denn auch der Fall ist in Betracht zu ziehen, daß einer der Eigentümer, die die Hypothek bestellt haben, sein Grundstück veräußert hat. Beispiel: Für die Forderung des G gegen S besteht eine Gesamthypothek an den Grundstücken von A und B. A veräußert sein Grundstück an X und verspricht diesem, für die Befriedigung des G zu sorgen. Nach Fälligkeit der Schuld des S will A an G zahlen. Hat er wirklich kein Recht, den Gläubiger zu befriedigen, ist er darauf angewiesen, daß G bereit ist, ihm die Forderung gegen S abzutreten? Bejaht man diese Frage, dann kann G auch dem A durch eine freiwillige Abtretung der Forderung die Gesamthypothek in vollem Umfang verschaffen (§§ 401, 1153). Dieses Ergebnis ist bedenklich: A ist eben kein unbeteiligter Dritter; er konnte sich durch die Veräußerung seines Grundstücks nicht von der Schranke des § 1173 Abs. 1 S. 2 befreien. Er darf also auch jetzt die Hypothek am Grundstück des B nur bekommen, wenn er einen Ersatzanspruch gegen ihn hat. Auf der anderen Seite wird man ihm ein in seiner Stellung als Hypothekenbesteller begründetes rechtliches Interesse an der Befriedigung des Gläubigers nicht absprechen können und ihm deshalb bei Zahlung auf die ihm fremde Schuld auch dieselben Vergünstigungen gewähren müssen wie dem leistenden Eigentümer. Ähnlich ist es bei dem, der als Buchbesitzer eine Hypothek bestellt hat, ohne Eigentümer gewesen zu sein. Sieht er sich später aus irgendeinem Grunde zu Leistungen an den Gläubiger genötigt, so müssen für ihn die Beschränkungen des § 1173 ebenso gelten wie seine Vorteile. Die Richtigkeit dieser Überlegungen wird dadurch bestätigt, daß das Gesetz im Mobiliarpfandrecht dem Verpfänder als solchem ein Ablösungsrecht und bei Zahlung den Eintritt in die Gläubigerrechte gewährt.

Im obigen Beispiel wird man also dem A in Analogie zu den §§ 1223 Abs. 2, 1142 ein Recht zur Befriedigung des G zubilligen müssen. Zahlt er an G, so geht nach den entsprechend anzuwendenden §§ 1225 S. 1, 1143 Abs. 1 die Forderung gegen S auf ihn über. Außerdem muß er analog § 1173 Abs. 1 die Hypothek am Grundstück des X erwerben: die Hypothek soll immer an dem Grundstück erhalten bleiben, für das die Einlösungszahlung erbracht wird, und dem Eigentümer ist mit der Übertragung dieser Hypothek, zu der der Hypothekenbesteller häufig - so wohl auch im Beispielsfall - verpflichtet sein wird, besser gedient als mit ihrem völligen Untergang. Schließlich erwirbt A, falls er einen Ersatzanspruch gegen B hat, den §§ 1225 S. 2, 1173 Abs. 2 entsprechend auch die Hypothek an dessen Grundstück in Höhe des Ersatzanspruchs [115].

---

115) Wie hier Strohal, IherJ 61, 60 Anm. 4. - Gegen die Anwendung der §§ 1143, 1173 auf den Hypothekenbesteller, der früher Eigentümer war, Westermann § 103 I a.E.; Soergel-Baur 4, RGRK-Denecke 3, Planck-

Zusammenfassend über die Ausgleichsregelung bei der Gesamthypothek: Die Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke sind einan der im Zweifel nicht zur Ausgleichung verpflichtet. Befriedigt einer von ihnen (ein Hypothekenbesteller) den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek stets an sei nem Grundstück, dazu am Grundstück eines anderen Eigentümers, wenn und sow er von diesem auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen k § 1173. Dann ist die übergegangene Gesamthypothek sowohl zur bisherigen Hypo thekenforderung als auch zum Ersatzanspruch akzessorisch. Gegen Verfügungen c Gläubigers über die Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen ist der Ersatzb rechtigte nicht geschützt.

III. DAS MOBILIARGESAMTPFANDRECHT

1. Mit dem Begriff "Mobiliargesamtpfandrecht" soll der Sachverhalt umschrieben werden, daß dem Gläubiger für dieselbe Forderung mehrere bewegliche Sachen [116] verpfändet sind. Im Gesetz findet sich weder diese, noch eine andere Bezeichnung für den genannten Sachverhalt. Die Wissenschaft kann bei der Begriffsbildung entweder von dem Ausdruck "Mitbürgschaft" für das Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Sicherungen im Bürgschaftsrecht oder von dem Ausdruck "Gesamthypothek" im Hypothekenrecht ausgehen. Die meisten Sschriftsteller benutzen den ersten Anknüpfungspunkt; sie sprechen von "Mitverpfändern" und "Mitverpfänderschaft" oder "Mitpfandschaft". Wenn demgegenüber in der vorliegenden Arbeit der Begriff "Gesamtpfandrecht" in den Vordergrund gestellt wird, soll dadurch hervorgehoben werden, daß es sich um ein einheitliches Pfandrecht an mehreren Gegenständen handelt: Nach dem Spezialitätsgrundsatz des Sachenrechts kann das Gesamtpfandrecht zwar nur dadurch begründet werden, daß für dieselbe Forderung mehrere Sachen einzeln verpfändet werden; ist es aber einmal entstanden, so kann der Gläubiger es nur noch einheitlich abtreten

---

Strecker 2a Z, alle zu § 1143. Wenn der Hypothekenbesteller zahlt, weil er sich selbst für den Eigentümer hält, will Westermann § 106 V 4 ihn analog §§ 892, 893 schützen; gegen diese Konstruktion mit Recht Wolff-Raiser § 140 Anm. 16, die dem Hypothekenbesteller nur ihm Rahmen des § 1150 ein Befriedigungs- und Eintrittsrecht geben wollen.

116) Was hier für die Verpfändung beweglicher Sachen gesagt wird, gilt für die Verpfändung von Rechten entsprechend; vgl. § 1273 Abs. 2.

oder belasten [117]. Außerdem liegt die Parallele zu der dinglichen Mehrfachsicherung durch Gesamthypothek doch wohl näher als die zu der persönlichen Mehrfachsicherung durch Mitbürgschaft.

Ein Gesamtpfandrecht entsteht auch dann, wenn mehrere Gegenstände nacheinander und unabhängig voneinander verpfändet werden, sofern und soweit durch sie dieselbe Forderung bzw. derselbe Forderungsteil gesichert wird. Beispiel: Für die Forderung des G von 1000 DM haftet die Sache a. Als G nach einiger Zeit Zweifel bekommt, ob ihr Wert die Forderung ganz deckt, wird ihm auf sein Drängen die Sache b für die letzten 400 DM der Forderung zusätzlich zum Pfande gestellt. Für diesen Teil der Forderung entsteht ein Gesamtpfandrecht an a und b; der Wert der Sachen ist dabei völlig unbeachtlich.

Da im folgenden die Ausgleichsfragen beim Gesamtpfandrecht behandelt werden sollen, kann die - im praktischen Leben am häufigsten vorkommende - Fallgestaltung, daß dieselbe Person Verpfänder und Eigentümer sämtlicher dem Gesamtpfandrecht unterliegender Sachen ist, von vornherein ausgeschieden werden. Die dann noch verbleibenden Möglichkeiten eines Zusammentreffens von verschiedenen Verpfändern und Pfandeigentümern sind allerdings vielfältig genug, wie sich bald zeigen wird.

2. Welche Ausgestaltung hat das Gesamtpfandrecht im Gesetz gefunden ?

a) Die §§ 1222, 1230 geben darüber Auskunft, welche Rechtsstellung der Gläubiger einer durch Gesamtpfandrecht gesicherten Forderung hat. Nach § 1222 haftet ihm jede der verpfändeten Sachen für die ganze Forderung. Infolgedessen ist er nach Fälligkeit der Forderung im Zweifel auch befugt, diejenigen Pfänder auszusuchen, die er zum Verkauf bringen will, um sich aus ihrem Erlös zu befriedigen, § 1230 S. 1. Anders als der Gläubiger einer Gesamthypothek nach § 1132 Abs. 1 S. 2 kann er jedoch nicht aus mehreren Pfändern je zum Teil Befriedigung suchen: er darf nur so viele Pfänder zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind, § 1230 S. 2.

b) Sobald der Schuldner zahlen darf, hat auch jeder Verpfänder das Recht, den Gläubiger zu befriedigen, §§ 1223 Abs. 2, 1224. Macht einer der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, von diesem Recht Gebrauch, dann geht in Höhe seiner Leistung die durch das Gesamtpfandrecht gesicherte Forderung auf ihn über, § 1225 S. 1. Das Gesetz leitet auch hier[118] die Forderung gegen

---

117) Vgl. das für die Gesamthypothek oben zu Note 75 Gesagte.

118) Zu der entsprechenden Regelung in § 774 Abs. 1 und § 1143 Abs. 1 siehe oben S. 26 f. und 42.

den persönlichen Schuldner, die der Gläubiger nicht mehr benötigt, auf denjenigen über, der sich zur Befriedigung des Gläubigers wegen der Forderung genötigt sah, obwohl er nicht selbst Schuldner war. Dadurch will es dem Zahlenden eine Rückgriffsmöglichkeit gegen den persönlichen Schuldner geben, die von besonderen Rechtsbeziehungen zwischen beiden unabhängig ist; die Einwendungen des Schuldners aus solchen Beziehungen greifen allerdings auch gegenüber der übergegangenen Gläubigerforderung durch, §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 1 S. 3.

§ 1225 S. 1 ist auf jeden Verpfänder anwendbar, gleichgültig, ob er zugleich Sacheigentümer ist oder nicht. Die Vorschrift kommt aber nicht zum Zuge, wenn ein Eigentümer leistet, um seine nicht von ihm selbst verpfändete Sache auszulösen. In diesem Falle greift § 1249 ein [119], nach dessen Satz 1 jeder, der durch den Pfandverkauf ein Recht an der Pfandsache verlieren würde - also auch ihr Eigentümer -, unter den gleichen Voraussetzungen wie der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt ist. Zahlt der Eigentümer, so erwirbt auch er die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner, § 1249 S. 2 i. Verb. m. § 268 Abs. 3.

Befriedigt sich der Gläubiger durch Verkauf eines Pfandes, dann gilt insoweit die Forderung als durch den Eigentümer berichtigt, § 1247. War der Eigentümer zugleich Verpfänder, aber nicht persönlicher Schuldner, so dürfte das zur Folge haben, daß die Forderung nach § 1225 S. 2 auf ihn übergeht [120]. Fraglich ist, ob auch Eigentümer, der nicht zugleich Verpfänder ist, die Forderung nach §§ 1249 S. 2, 268 Abs. 3 erwirbt. Das ist deshalb zweifelhaft, weil das Ablösungsrecht des § 1 gerade die Abwendung des Pfandverkaufs ermöglichen soll und der Forderungsübergang nach Satz 2 davon abhängt, daß die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen; hier würde der Eigentümer sich aber auf dieses Recht berufen, obwohl er es zum Pfandverkauf kommen ließ [121]. Eine Antwort auf diese Frage kann erst unten zu 6. gegeben werden, wenn § 1249 im Zusammenhang behandelt wird.

c) Wenn das Gesetz für den Eintritt des zahlenden Verpfänders in das Gesamtpfandrecht überhaupt eine Sonderregelung gegeben hat, die den §§ 769, 426, 774 Abs. 2 für die Mitbürgschaft, den §§ 1143 Abs. 2, 1173 für die Gesamthypothek vergleichbar ist, so muß diese in der Verweisung des § 1225 S. 2 auf §

---

119) So die heute fast einhellige Meinung; vgl. Wolff-Raiser § 165 II; Westermann § 129 IV 1; Staudinger-Kober 1, RGRK-Kregel 1, Soergel-Augustin 1, Palandt-Hoche 2, alle zu § 1249; Planck-Strecker 3 a zu § 1223.

120) Zum entsprechenden Fall der §§ 1143, 1181 s. oben Note 12 (S. 6).

121) Aus diesem Grunde lehnt Oertmann, JW 1932, 200 f. einen Forderungs-

Abs. 2 enthalten sein. Daß die Verweisung auf den ganzen § 774 ihren guten Sinn hat, ist heute allgemein anerkannt; die früher vereinzelt vertretene Meinung, die Bezugnahme auch auf § 774 Abs. 2 sei ein Redaktionsversehen und dürfe deshalb nicht beachtet werden[122], ist überwunden. Übereinstimmung herrscht auch darüber, daß die §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 die Frage betreffen, inwieweit auf den zahlenden Verpfänder das Pfandrecht an den von anderen Verpfändern gestellten Sachen übergeht [123], und daß sie für diese Frage die §§ 412, 401, 1250 modifizieren oder ganz ausschließen. Endlich ist man sich noch darüber einig, daß ein Verpfänder, der auf Grund von ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen oder auf Grund gesetzlicher Sondervorschriften von einem anderen Verpfänder ganz oder teilweise Ersatz für die Leistung an den Gläubiger verlangen kann, insoweit auch in das Pfandrecht an der vom Ersatzpflichtigen verpfändeten Sache eintritt. Streitig ist dagegen, ob die Verpfänder untereinander kraft Gesetzes zum Ausgleich nach gleichen Teilen oder nach dem Wertverhältnis der Pfandsachen verpflichtet sind, bzw. ob der Zahlende das Pfandrecht an der von einem anderen Verpfänder gestellten Sache auch dann teilweise erwirbt, wenn er keinen Ersatzanspruch gegen ihn hat; davon unter 3. sogleich mehr.

Für den Fall der Zahlung durch einen Eigentümer, der nicht zugleich Verpfänder ist, hat das Gesetz den vollen Übergang des Gesamtpfandrechts nach den §§ 1249 S. 2, 268 Abs. 3, 412, 401, 1250 expressis verbis nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt. Würde man sich also streng an den Gesetzeswortlaut halten, so könnte der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, die Last der Schuld stets auf die übrigen Eigentümer abwälzen. Dieses Ergebnis ist sehr bedenklich; die Frage seiner Korrekturbedürftigkeit soll aber zurückgestellt werden, bis geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen der Verpfänder ein Eintrittsrecht hat [124].

Befriedigt der Gläubiger sich durch den Verkauf einer Pfandsache, so geht auf ihren Eigentümer, sofern er zugleich Verpfänder ist, das Pfandrecht an den übrigen

---

übergang hier ab.

122) So Biermann (1. und 2. Aufl., anders die 3. Aufl.) 1 zu § 1225; Endemann II 1, S. 932 Anm. 12; Strohal, DJZ 1903, 375 Anm. 1; vgl. auch Förster, S. 20. Dagegen Martinius, S. 543; Sellner, S. 477; Bendix, S. 88; Emmerich, S. 515; Dorst, S. 66 f.; Haase, S. 27 f.; Quedenfeld, S. 30 f.; K. Weiß, S. 42.

123) A.A. Abrahamsohn, S. 10 ff., der meint, § 774 Abs. 2 sei auf mehrere Verpfänder wegen deren rein dinglicher Haftung nicht entsprechend anwendbar; seltsamerweise zieht er daraus den Schluß, die Verweisung beziehe sich auf das Zusammentreffen eines Verpfänders mit einem Bürgen. Siehe unten Note 208.

124) Diese Frage wird unten S. 83 ff. behandelt.

Sachen wohl in gleicher Weise über, wie wenn er an den Gläubiger geleistet hätte, §§ 1247, 1225. Ob in diesem Falle auch ein Nur-Eigentümer das Pfandrecht an den anderen Sachen erwirbt, kann erst später entschieden werden[125].

Werden, wie bereits festgestellt, die §§ 1225 S. 1, 412, 401, 1250 durch die §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 ausgeschlossen oder modifiziert, soweit der Übergang des Gesamtpfandrechts an nicht vom zahlenden Verpfänder gestellten Sachen in Frage steht, so bleiben sie für den Übergang des Pfandrechts an der von ihm selbst verpfändeten Sache doch maßgebend. Ob das übergegangene Pfandrecht erhalten bleibt oder durch Konsolidation erlischt, richtet sich allerdings nach § 1256. Ist der Verpfänder also zugleich Eigentümer, so geht das Pfandrecht unter, wenn nicht die pfandgesicherte Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist oder wegen nachfolgender Belastungen der Pfandsache ein Rangerhaltungsinteresse besteht. Das Pfandrecht an einer durch Pfandverkauf verwerteten Sache erlischt stets, § 1242 Abs. 2.

3. Welche Bedeutung hat nun die Verweisung des § 1225 S. 2 auf § 774 Abs. 2 im einzelnen ?

a) Weit verbreitet und noch ständig im Vordringen ist die Meinung, die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 führe zu einem gesetzlichen Ausgleich unter "Mitverpfändern". Wie der in Anspruch genommene Bürge nur einen Teil der Schuld selbst tragen müsse und im übrigen die Last auf seine Mitbürgen abwälzen könne, so könne auch der Verpfänder, der an den Gläubiger gezahlt oder seine Sache durch Pfandverkauf verloren habe, seine "Mitverpfänder" im Zweifel zur Tragung des Verlustes mit heranziehen. Dieses Ergebnis entspreche - für sich gesehen und besonders im Vergleich zur Mitbürgschaft - auch allein der Billigkeit.

Einige Vertreter dieser Meinung gehen davon aus, daß der Verpfänder dem Gläubiger eine Geldleistung "aus dem Grundstück" schulde. Obwohl das Pfandrecht ein Sachhaftungsrecht sei, seien ihm quasiobligatorische Beziehungen immanent, deren verpflichtende Seite darin bestehe, daß der Verpfänder zur Vermeidung des Pfandverkaufs die Schuldsumme an den Gläubiger zahlen müsse. Wenn aber der einzelne Verpfänder schulde, so seien "Mitverpfänder" Gesamtschuldner, die einander nach § 426 Abs. 1 zum Ausgleich verpflichtet seien; diese Verpflichtung gehe wiederum auf "Leistung aus der Sache". Die §§ 1225 S. 2, 774 Abs. dienten lediglich der Klarstellung, um etwaige Zweifel an der Geltung der allgemeinen Ausgleichsnorm auszuschließen, die im Hinblick auf die §§ 1225 S. 1

---

125) Siehe unten Seite 86 f.

412, 401, 1250 aufkommen könnten [126].

Überwiegend nehmen die Vertreter der Ausgleichslehre demgegenüber an, das Mobiliarpfandrecht sei ein dingliches Verwertungsrecht, kraft dessen der Gläubiger sich durch Pfandverkauf aus der verpfändeten Sache befriedigen dürfe. Den Verpfänder treffe keine Leistungspflicht; er müsse nur den Pfandverkauf dulden, könne diesen allerdings durch freiwillige Zahlung abwenden. Man dürfe aber nicht übersehen, daß der Drittverpfänder gleichwohl eine bürgenähnliche Stellung habe. Mehrere Verpfänder seien zwar nicht Gesamtschuldner, wohl aber "Gesamthafter", auf die die Ausgleichsregelung der §§ 774 Abs. 2, 426 entsprechende Anwendung finden könne. Wie der Ausgleich sich hier vollziehen soll, darüber gehen die Ansichten wieder auseinander.

Die einen meinen, § 426 Abs. 1, auf den § 774 Abs. 2 weiterverweise, begründe auch unter "Mitverpfändern" im Zweifel obligatorische Ansprüche auf Ausgleichung nach gleichen Teilen. Soweit der zahlende Verpfänder hiernach von einem der anderen Verpfänder Ausgleichung verlangen könne, gehe auch das Pfandrecht an der von diesem Verpfänder gestellten Sache auf ihn über, §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 [127].

Die anderen sagen: In § 1225 S. 2 ist nur die entsprechende Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 vorgeschrieben; diese Bestimmungen müssen also der rein dinglichen Haftung der "Mitverpfänder" angepaßt werden. Deshalb können sie keine persönlichen Ausgleichsverpflichtungen unter den Verpfändern schaffen. Sie bewirken vielmehr, daß der zahlende Verpfänder die von den übrigen bestellten "Pfandrechte" nur in Höhe eines Kopfteils erwirbt, bzw. in Höhe des Anteils, der dem Wert der von ihm belasteten Sache im Verhältnis zum Wert der übrigen Sachen entspricht [128]. - Nach Ansicht einiger Schriftsteller geht das

---

126) So Bendix, S. 89; Oellers, S. 36 ff.; Cohn, S. 412 f.; Schulz, S. 68, 70; Evers, S. 17 ff.; Leichsering, S. 34 ff., 42. - Auch K. Weiß, S. 42 ff., glaubt, eine gegenseitige Ausgleichspflicht der "Mitverpfänder" direkt dem § 426 entnehmen zu können, obwohl er nicht von einer Zahlungspflicht des einzelnen Verpfänders gegenüber dem Gläubiger ausgeht und die §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 nicht als Ausgleichsregelung auffaßt. Ähnlich Rud. Schmidt, S. 98.

127) OLG Hamburg HansGZ, Beibl. S. 225; OLG Frankfurt JW 1931, 2751; Breit, S. 293 f.; Quedenfeld, S. 30 ff.; Warneyer, Soergel-Augustin 7, Erman-Ronke 2 c, je zu § 1225.

128) Koban, S. 199 ff.; Emmerich, S. 515 ff.; Dähne, S. 80 f.; Schneider, S. 8 ff.; Forster, S. 42 f.; Wüllenweber, S. 58; Vahldiek, S. 21 f.; Westermann § 129 IV 2; Baur § 55 III 4. Ebenso Förster, S. 19 ff.,

Pfandrecht an den Sachen der anderen nach den §§ 1225 S. 1, 412, 401 in vollem Umfang auf den in Anspruch Genommenen über; die §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 führen aber dazu, daß er sie nur je zu einem Anteil geltend machen darf [129].

Eine dieser Begründungen ist der Kritik in ganz besonderem Maße ausgesetzt: die jenige, die den gesetzlichen Ausgleich unter den Verpfändern darauf zurückführt, daß sie echte Gesamtschuldner seien. Sie baut auf einer unzutreffenden Auffassung über das Wesen des Pfandrechts auf. Der Verpfänder einer beweglichen Sache ist dem Gläubiger ebensowenig zu einer Leistung verpflichtet wie der Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks. Die Argumente, mit denen die Theorie der Realobligation das Gegenteil zu beweisen sucht, sind bei Behandlung der Gesamthypothek ausführlich dargestellt und widerlegt worden [130], so daß sich hier eine weitere Erörterung erübrigt. Auf einen zusätzlichen Gegengrund soll jedoch noch kurz hingewiesen werden: Nach der Theorie der Realobligation sind die von ihr hervorgehobenen schuldrechtlichen Beziehungen dem Sachhaftungsrecht immanent. Wer haftet nun aber dem Gläubiger "mit der Sache"? Doch nur derjenige, dessen Sache dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt ist; das ist der jeweilige Eigentümer, nicht der Verpfänder als solcher! Deshalb ist unerfindlich, warum der einzelne Verpfänder, der zwar zugleich Eigentümer sein kann, aber nicht sein muß, Schuldner des Gläubigers und warum mehrere Verpfänder Gesamtschuldner sein sollen. Die Anwendbarkeit des § 426 Abs. 1 bei "Mitverpfändern", auf die § 1225 S. 2 abstellt, könnte jene Theorie also selbst dann nicht dartun, wenn sie zutreffend wäre.

Läßt man diese Sondermeinung außer Betracht, so hängt die Richtigkeit der Ausgleichslehre wesentlich davon ab, ob der durch § 1225 S. 2 in Bezug genommene § 774 Abs. 2 wirklich die Verteilung der Haftungslast unter Mitbürgen anordnet.

---

der aber den zahlenden Verpfänder im Verhältnis zu Dritteigentümern selbst keinen Anteil tragen läßt.

129) Sellner, S. 477; Barkhausen, S. 17 ff.; Siméon-David § 76, 6. - Weitere Anhänger der Ausgleichstheorie: Martinius, S. 543 f.; Wandel S. 22 ff.; Oertmann, JW 1932, 200; Kohler, S. 428 f.; Heck, Sachenr § 105 III; Wolff-Raiser § 160 III.

130) Siehe oben Seite 46 f. - Mit der Verpfändung entsteht zwar ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, auf Grund dessen beide gewisse Rechte und Pflichten haben; vgl. die §§ 1223 - 1226. Eine Zahlungspflicht des Pfandeigentümers oder des Verpfänders wird dadurch jedoch nicht begründet.

b) Nach den Untersuchungen zu BI. muß der Abs. 2 des § 774 im Zusammenhang mit Abs. 1 gesehen werden, nach welchem der zahlende Bürge die Hauptforderung kraft Gesetzes erwirbt. Auf dem Hintergrund der cessio legis hat § 774 Abs. 2 folgenden Inhalt: Die Rechte des Gläubigers gegen Mitbürgen gehen nicht mit der Hauptforderung nach §§ 412, 401 in vollem Umfang, sondern nur insoweit auf den Bürgen über, als er von den Mitbürgen (gemäß §§ 769, 426) Ausgleichung verlangen kann [131]. - In dieser Bedeutung muß er auf das Gesamtpfandrecht übertragen werden. Sieht man einmal von der Verweisung auf § 774 Abs. 1 ab und bezieht man diejenige auf § 774 Abs. 2 ein, so lautet der § 1225: "Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Das Pfandrecht an den von anderen Verpfändern gestellten Sachen geht jedoch nicht mit der Forderung nach §§ 412, 401, 1250 in vollem Umfang, sondern nur insoweit auf ihn über, als er von den anderen Verpfändern Ersatz verlangen kann. [132]"

Daraus ergibt sich zunächst: Wie § 774 Abs. 2 die §§ 774 Abs. 1, 412, 401 für die Frage des Übergangs der übrigen Bürgschaften auf den zahlenden Bürgen völlig ausschließt, so schließt auch § 1225 S. 2 die §§ 1225 S. 1, 412, 401, 1250 für die Frage aus, inwieweit der in Anspruch genommene Verpfänder in das Gesamtpfandrecht an den von anderen Verpfändern gestellten Sachen eintritt. Die zuerst von Sellner [133] vertretene Ansicht, der den Gläubiger befriedigende Verpfänder erwerbe die anderen Pfandrechte als Nebenrechte der Hauptforderung ganz, dürfe sie allerdings nur anteilig geltend machen, ist also unhaltbar.

Darüber hinaus enthält die Verweisung auf § 774 Abs. 2 gar nicht die Anordnung eines gesetzlichen Ausgleichs unter den Verpfändern, wie die Anhänger der Ausgleichslehre glauben. Der § 774 Abs. 2 nimmt zwar auf § 426 Bezug, aber nicht um zu bestimmen, daß Mitbürgen untereinander zu gleichen Teilen verpflichtet sind - diese Ausgleichspflicht wird schon durch die §§ 769, 426 Abs. 1 statuiert -, sondern um klarzustellen, daß die Beziehungen der Mitbürgen untereinander ausschließlich in den §§ 769, 426 geregelt sind, und damit den automatischen und vollen Übergang der Gläubigerrechte gegen Mitbürgen auszuschließen. Wie § 774 Abs. 2 im Bürgschaftsrecht Ausgleichsansprüche des zahlenden Bürgen nicht selbst gibt, sondern als gegeben voraussetzt, so geht auch der auf ihn verweisende § 1225 S. 2 davon aus, daß über die Ausgleichsfrage bereits an anderer Stelle entschieden ist. Nun enthält das Mobiliarpfandrecht aber weder eine eigene Ausgleichsvorschrift, noch erklärt es die §§ 769, 426 Abs. 1 für anwendbar. Es gewährt dem

---

131) Siehe oben Seite 20.

132) Ähnlich Sternberg, S. 550; Braun-Melchior, S. 193; Tasse, S. 32; Muermann, S. 36; Planck-Flad 2 cδ zu § 1225.

133) Siehe Note 129.

in Anspruch genommenen Verpfänder also nicht generell ein Ausgleichungsrecht gegen die übrigen. Dann muß die Bedeutung der §§ 1225 S.2, 774 Abs. 2 darin liegen, daß sie den Übergang des Gesamtpfandrechts an von anderen Verpfändern gestellten Sachen vom Bestehen besonderer, d.h. auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder auf gesetzlicher Sondervorschrift beruhender Ausgleichsverpflichtungen dieser Verpfänder gegenüber dem Zahlenden abhängig machen [134].

Man hat Sternberg [135], der die wahre Bedeutung der Verweisung als erster erkannt hat, oft vorgeworfen, er gehe mit der vorgefaßten Meinung, daß zwischen Verpfändern keine Ausgleichung stattzufinden habe, an die gesetzlichen Vorschriften heran und biege den § 774 Abs. 2 so zurecht, daß er in dieses Schema passe [136]. Dieser Vorwurf ist völlig unberechtigt: Wenn man nicht beim - freilich mißverständlichen - Gesetzeswortlaut stehenbleibt, sondern sämtliche Interpretationsmöglichkeiten ausschöpft, kann man in § 774 Abs. 2 und folglich auch in § 1225 S. 2 keine Ausgleichsregel sehen. Durch die Entstehungsgeschichte speziell des § 1225 wird das noch unterstrichen. Sein Vorgänger, der § 1164 d. 1. Entw. lautete:

"Soweit der Pfandgläubiger von dem für die Forderung nicht persönlich haftenden Eigentümer befriedigt worden ist, finden die Vorschriften des § 676 entsprechende Anwendung."

Daß § 676 d. 1. Entw. (jetzt § 774) nur auf die Abs. 2 und 3 des § 337 (jetzt § 426) verwies, dagegen nicht auf Abs. 1, der den anteiligen Ausgleich unter Gesamtschuldnern anordnete, wurde zur Mitbürgschaft [137] bereits ausgeführt. Berücksichtigt man § 676 Abs. 1 und den dort in Bezug genommenen § 337 Abs. 2 (die weggelassenen Absätze sind hier uninteressant), so hatte § 1164 d. 1. Enw. folgenden Wortlaut:

"Soweit der nicht persönlich haftende Eigentümer den Pfandgläubiger für die Forderung befriedigt hat, wird die Forderung auf ihn kraft des Gesetzes übertragen;

---

134) Diese Ansicht vertreten Sternberg, S. 549 f.; Strohal, IherJ 61, 96 f.; Dorst, S.68 ff.; Merländer, S.51 ff.; Braun-Melchior, S.193 ff. (die aber annimmt, in Höhe des Ersatzanspruchs gehe das Gesamtpfandrecht nach den §§ 412, 401 über, s.S.186, 206); Muermann, S.35 f.; Tasse, S.32 f.; Meyer, S.98; K. Weiß, S.43 (der jedoch S.46 das Fehlen einer Ausgleichsregel als Lücke ansieht, die er durch unmittelbare Anwendung des § 426 schließen will); Planck-Flad 2cδ, RGRK-Kregel 2, Palandt-Hoch 2c, je zu § 1225; OLG Stuttgart WürttJ 29 (1920), S. 11.

135) Seite 549 f.

136) Vgl. etwa Forster, S. 39.

137) Oben Seite 18.

die mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Pfandsachen anderer Eigentümer bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur insoweit auf den Eigentümer über, als er mehr als seinen Anteil geleistet hat und Ersatz von den anderen Eigentümern zu verlangen berechtigt ist. Zum Nachteile des Gläubigers kann die Übertragung nicht geltend gemacht werden."

Das Gesamtpfandrecht war also "an sich regreßlos". In der 2. Kommision wurde § 1164 umgeformt; als § 1132 d.2.Entw. erhielt er bereits die heute gültige Fassung:
"Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 713 finden entsprechende Anwendung."
Man hatte beschlossen, im Mobiliarpfandrecht nicht die Beziehungen zwischen Gläubiger und Eigentümer, sondern das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Verpfänder als solchem näher auszugestalten[138]; in dieser Hinsicht wurde auch § 1164 d.1.Entw. abgeändert. Daß mit der Neufassung sonst, besonders bezüglich des Gesamtpfandrechts, eine sachliche Änderung erreicht werden sollte, darüber enthalten die Protokolle nicht die leiseste Andeutung [139]. Wie bereits erwähnt[140], sollte auch § 676 d.1.Entw. (§ 713 d. 2. Entw.) nur in der Form, nicht im Inhalt verändert werden. In § 369 d. 2. Entw. trat gegenüber § 337 d. 1. Entw. nur insofern eine Neuerung ein, als für den Übergang der Gläubigerrechte auf den Zahlenden nicht mehr vorausgesetzt wurde, daß er mehr als seinen Anteil geleistet hatte. - Auch nach § 1132 d. 2. Entw. sollte der zahlende Verpfänder also nicht kraft Gesetzes anteilsmäßig in das Pfandrecht an den von anderen Verpfändern gestellten Sachen eintreten, sondern an jeder Sache nur insoweit, als er von ihrem Verpfänder auf Grund besonderer Rechtsbeziehungen Ersatz fordern konnte. Nichts spricht schließlich dafür, daß § 1225 BGB in diesem Punkt eine andere Bedeutung haben sollte als der gleichlautende § 1132 des 2. Entwurfs [141].

---

138) Siehe die Protokolle bei Mugdan Bd.III, S.920. - Darüber, daß der Begriff gesetzliches Schuldverhältnis" sich nicht auf eine Leistungspflicht des Verpfänders bezieht, vgl. oben Note 130.

139) Mugdan Bd. III. S. 925.

140) Siehe oben Seite 19.

141) Darauf, daß die Behandlung des Gesamtpfandrechts durch die Ausgleichslehre mit der Entstehungsgeschichte nicht vereinbar ist, weisen auch Strohal, IhrerJ 61, 97, Braun-Melchior, S.193ff., Merländer, S.53 und Muermann, S.33f., hin.

c) Ein Vergleich zeigt, daß das Gesetz die Ausgleichsfrage bei Gesamthypothek und Gesamtpfandrecht, den beiden Formen gleichartiger dinglicher Mehrfachsicherung, in derselben Weise gelöst hat: Wie der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke bei Befriedigung des Gläubigers die Hypothek am Grundstück eines anderen Eigentümers nur erwirbt, wenn er von diesem nach Vereinbarung oder gesetzlicher Sondernorm Ersatz verlangen kann (§ 1173), so geht nach § 1225 S. 2 das Gesamtpfandrecht an der von einem anderen verpfändeten Sache auf den zahlenden Verpfänder nur insoweit über, als er einen besonderen Ersatzanspruch gegen den andern hat [142]. Es wäre ja auch erstaunlich, wenn beim Gesamtpfandrecht in Übereinstimmung mit der Mitbürgschaft ein gesetzlicher Ausgleich angeordnet wäre, denn dieser müßte auf all die Bedenken und Schwierigkeiten stoßen, die den Gesetzgeber bei der Gesamthypothek bewogen haben, von einer Verteilungsregel abzusehen [143].

Auch beim Gesamtpfandrecht könnte schwerlich ein gerechter Ausgleichsmaßstab gefunden werden. Eine Verteilung der Schuldlast nach Köpfen ließe unberücksichtigt, daß der Verpfänder nicht wie der Bürge prinzipiell unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen für die Forderung haftet, sondern nur bestimmte Sachen zur Sicherheit gestellt hat, deren Wert den Forderungsbetrag decken, aber auch weit hinter ihm zurückbleiben kann. Man kann dem Ausgleich auch nicht einfach das Wertverhältnis der verpfändeten Sachen zugrundelegen[144]: das wäre dann unbillig, wenn der Wert der Sachen eines Verpfänders die Forderung weit übersteigen würde. Selbst eine differenzierende Lösung (der Wert wird nur dann berücksichtigt, wenn er den Forderungsbetrag nicht erreicht) bliebe wegen häufiger Wertschwankungen und wegen der Schwierigkeit und Umständlichkeit exakter Wertfeststellung unbefriedigend. Wie problematisch die Festlegung des Verteilungsmaßstabs ist, zeigt sich am besten daran, daß die Ansichten der Vertreter der Ausgleichslehre in dieser Frage auseinandergehen und sich ziemlich gleichmäßig auf die eben angedeuteten Lösungsmöglichkeiten verteilen [145].

---

142) Auf die Parallele zu § 1173 machen auch Sternberg, Strohal, Dorst, Tasse, Muermann (nähere Angaben in Note 134) und Biermann (3. Aufl.) 1 bβ zu § 1225 aufmerksam. Vgl. ferner Meyer, S. 98, der die Unterschiede zur Mitbürgschaft herausstellt.

143) Vgl. oben Seite 51 ff.

144) Als gesetzliche Grundlage für ein Abstellen auf den Wert der Sachen käme nur § 1172 Abs. 2 in Betracht!

145) Für Ausgleich nach Köpfen: Breit, S. 293 ff.; Sellner, S. 477 (der abe zugibt, daß damit kein vollständiger Ausgleich erreicht ist); Bendix, S. 9 Schulz, S. 71 ff.; Dähne, S. 81; Förster, S. 26 f.; Emmerich, S. 15 (auch hier mit Sonderberechnung); Rud. Schmidt, S. 98; Oellers, S. 43

Und wie sollte sich der Ausgleich denn vollziehen? Wollte man sich eng an die Gestaltung des § 426 anschließen, so müßte man dem zahlenden Verpfänder persönliche Ausgleichungsansprüche gegen die übrigen Verpfänder gewähren, in deren Höhe dann auch das Gesamtpfandrecht an den von den andern gestellten Sachen überginge. Es wäre jedoch sehr bedenklich, wenn das Gesetz dem Verpfänder, der schon dem Gläubiger gegenüber keine schuldrechtliche Bindung eingehen, sondern nur eine dingliche Sicherheit geben wollte, eine persönliche Verpflichtung gegenüber anderen Verpfändern auferlegen würde. Der Gedanke der Gefahrengemeinschaft würde das nicht rechtfertigen, denn es kann ein Nichteigentümer dem gutgläubigen Gläubiger ein Pfandrecht bestellt haben (§ 1207) oder der Verpfänder kann die Pfandsache inzwischen veräußert haben (§ 931), so daß die "Gefahr" des Sachverlustes für ihn nie bestanden hat oder nicht mehr besteht.

Nicht überzeugender ist die andere, von zahlreichen Schriftstellern vertretene Lösung, den gesetzlichen Ausgleich dadurch herbeizuführen, daß der in Anspruch genommene Verpfänder in das Pfandrecht an den Sachen der andern teilweise eintritt. In den bisher besprochenen Fällen gleichartiger Mehrfachsicherung - bei Mitbürgschaft und Gesamthypothek - hat das Gesetz den Übergang der übrigen Sicherheiten auf den leistenden Sicherer davon abhängig gemacht, daß er von den anderen Sicherern Ersatz verlangen kann. Daß dieses Prinzip auch für das Gesamtpfandrecht Geltung besitzt, wird dadurch allgemein anerkannt, daß das Pfandrecht beim Bestehen einer Ersatzforderung aus besonderem Rechtsgrund nach einhelliger Meinung nur in Höhe dieser Ersatzforderung übergeleitet wird. Die Annahme, bei Fehlen obligatorischer Ansprüche erlange der zahlende Verpfänder das Pfandrecht an den Sachen der andern pro parte, ist also inkonsequent und widerspricht der Systematik des Gesetzes.

Wie begründen die Gegner, daß sie Gesamthypothek und Gesamtpfandrecht in der Ausgleichsfrage verschieden behandeln, obwohl es sich in beiden Fällen um ding-

---

Quedenfeld, S. 34; Vahldiek, S. 22 ff.; Wolff-Raiser § 160 zu Anm. 19; Westermann § 129 IV 2; Warneyer, Soergel-Augustin 7, Erman-Ronke 2 c, je zu § 1225. - Für Teilung nach dem Wertverhältnis: OLG Hamburg HansGZ 1920, Beibl. S. 227; OLG Frankfurt JW 1931, 2751; Martinius, S. 543 f.; Schneider, S. 14 ff.; Oertmann, JW 1932, 200; K. Weiß, S. 47 f. - Für die differenzierende Lösung: Koban, S. 184 ff., 200; Barkhausen, S. 25 ff.; Wandel, S. 30 f.; Evers, S. 23 f.; Leichsering, S. 43; Wüllenweber, S. 59 f.; Kohler, S. 428 f.

liche Mehrfachsicherung handelt? Sie beruhigen sich damit, daß eine Gesamthypothek kaum je vorkomme, ohne daß zwischen den Eigentümern ein rechtsgeschäftliches Ausgleichsverhältnis bestehe; ein Gesamtfahrnispfandrecht, bei dem keiner der Verpfänder vom anderen wisse, sei dagegen jeden Tag möglich[146], eine gesetzliche Verteilung der Haftungslast unter den Verpfändern deshalb notwendig. Das klingt so, als ob die Vorschrift des § 1173 eine Zufalls- oder Verlegenheitslösung sei, mit der man sich gerade noch abfinden könne, weil die dispositive gesetzliche Regelung ohnehin nur selten praktisch bedeutsam werde. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß der § 1173 eine derartige Herabsetzung nicht verdient [147]. Der Gesetzgeber hat die Gesamthypothek auch nicht deshalb "an sich regreßlos" gestaltet, weil er eine Ausgleichsregel angesichts der Häufigkeit von Vereinbarungen für entbehrlich hielt, sondern weil er die Regreßlosigkeit bei Fehlen besonderer Ersatzansprüche für die beste Lösung ansah. Dann mußte er aber beim Gesamtpfandrecht, wo dieselben rechtlichen Voraussetzungen vorlagen, im gleichen Sinne entscheiden. Und in der Tat bewährt sich auch hier die grundsätzliche Regreßlosigkeit: Wußte der Verpfänder, daß für dieselbe Forderung noch Sachen anderer Verpfänder haften, so konnte er mit diesen Verpfändern eine Ausgleichsvereinbarung treffen, um bei "Inanspruchnahme" durch den Gläubiger den Schaden nicht allein tragen zu müssen. Arrangierte er sich nicht mit den anderen, spekulierte er etwa darauf, daß der Gläubiger schon nicht gerade seine Sache verkaufen werde, und greift der Gläubiger dann doch diese Sache heraus, um sie zu verwerten, so kann der Verpfänder sich nicht darüber beklagen, daß ihm der Ausgleich versagt wird; er hat diesen ja selbst nicht gewollt. Wußte er von den anderen Pfändern nichts, so mußte ihm klar sein, daß er bei Pfandverkauf oder Einlösungszahlung nur vom persönlichen Schuldner Ersatz verlangen könne. Deshalb geschieht ihm kein Unrecht, wenn er in diesen Fällen so behandelt wird, als ob er ein Einzelpfand gestellt hätte; für ihn existierten die anderen Verpfänder ja nicht.

d) Entgegen vielfacher Behauptungen ist die Regelung der §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 also auch nicht unbillig. Sie vermeidet vielmehr die Unbilligkeiten und Ungereimtheiten, die mit jeder anderen möglichen Lösung verbunden wären. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers in der Ausgleichsfrage bei mehrfacher dinglicher Sicherung ist durchaus angebracht. Von einer fehlerhaften Interessenbewertung durch ihn kann nicht die Rede sein und schon gar nicht von einer so untragbaren Gesetzesbestimmung, daß eine Rechtsfortbildung, eine Gesetzesberichtigung erforderlich wäre.

---

146) Wolff-Raiser § 160 Anm. 18; ebenso Quedenfeld, S. 39 f., Vahldiek, S. 28 f. und viele andere.

147) Siehe oben Seite 54.

4. Praktische Auswirkungen und theoretische Konstruktion der gefundenen Lösung.

a) Nehmen wir an, für die Forderung des G gegen S von 1000 DM habe A dem G ein wertvolles Schmuckstück, B einen Musikschrank verpfändet. Befriedigt nach Fälligkeit der Forderung A den G, um es nicht zum Pfandverkauf kommen zu lassen, so erwirbt er nach § 1225 S. 1 die Forderung des G gegen S und damit auf Grund der §§ 412, 401, 1250 auch das Pfandrecht am Schmuckstück, das jedoch im Regelfall erlischt, wenn die Sache ihm gehört, § 1256. Das Pfandrecht am Musikschrank des B geht unter, wenn nicht B dem A aus besonderen Gründen ganz oder teilweise zum Ersatz seiner Aufwendungen verpflichtet ist. Hatten A und B vereinbart, sie wollten einen etwaigen Verlust je zur Hälfte tragen, und ist bei S nichts zu holen, so kann A von B 500 DM ersetzt verlangen. In dieser Höhe geht dann auch das Pfandrecht am Musikschrank auf ihn über; §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2. G muß ihm diesen also nach § 1251 Abs. 1 herausgeben.

Kraft der Verweisung auf § 774 gilt der Satz, daß der Übergang des Pfandrechts auf den ausgleichsberechtigten Verpfänder nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf [148]. Hat A im obigen Beispiel nur 600 DM gezahlt, so verbleibt dem G für die restlichen 400 DM das Gesamtpfandrecht an beiden Sachen; dieses hat den Vorrang vor den auf A übergegangenen Pfandrechten (ein Einzelpfandrecht am Musikschrank in Höhe der Ersatzforderung von 300 DM gegen B, falls § 1256 Abs. 1 S. 1 eingreift, andernfalls ein Gesamtpfandrecht an Schmuckstück und Musikschrank für 300 DM und ein Einzelpfandrecht am Schmuckstück für weitere 300 DM; der Musikschrank wird stets in Höhe von 300 DM pfandfrei). Nach dem Grundsatz "nemo subrogat contra se" kann A den Musikschrank von G erst nach dessen völliger Befriedigung herausverlangen [149].

Angenommen, das von A verpfändete Schmuckstück sei 1200 DM, der von B verpfändete Musikschrank nur 400 DM wert und zwischen A und B bestünden keine Vereinbarungen. Verlangt G von B wegen der ganzen 1000 DM Befriedigung, so muß B sich entscheiden, ob ihm die Erhaltung seiner Sache so viel wert ist, oder ob er es lieber zum Pfandverkauf kommen lassen will. Entschließt er sich zur

---

148) Vgl. die Entstehungsgeschichte oben zu 3 b, wonach schon § 1164 d. 1. Entw. über § 676 auf diese in § 337 Abs. 2 enthaltene Bestimmung Bezug nahm. Entsprechend ja auch § 1176 BGB für die Gesamthypothek.

149) Unrichtig ist die Behauptung, das Pfandrecht verbleibe dem Gläubiger ganz; vgl. Merländer, S. 66 ff.; Oellers, S. 30. Sie beruht auf einer Verwechslung von Pfandrecht und Pfandsache.

Zahlung der 1000 DM, so wird er nicht ipso iure in Höhe von 600 DM in das Pfandrecht an der Sache des A subrogiert; dieses erlischt vielmehr [150]. Hatten A und B hälftigen Ausgleich bei Verlusten vereinbart und befriedigt A den G, so erlangt er einen Ersatzanspruch von 500 DM gegen B und in dieser Höhe auch das Pfandrecht am Musikschrank. Hier kann man dem B nicht raten, es auf einen Pfandverkauf durch A ankommen zu lassen, denn in Höhe eines Ausfalls würde A ja den schuldrechtlichen Anspruch gegen B behalten. - Besteht für die Forderung des G gegen S von 1000 DM ein Gesamtpfandrecht an Sachen der Verpfänder A, B und C, die vereinbart haben, bei einer Inanspruchnahme durch G sollten A und B je ein Viertel, C die Hälfte des Schadens tragen, und leistet A an den mit Pfandverkauf drohenden G, so gehen folgende Rechte auf A über: einmal die Forderung des G gegen S nach § 1225 S. 1, verbunden mit dem Pfandrecht an der Sache des A (§§ 412, 401, 1250), das jedoch nach § 1256 erlöschen wird; ferner ein Einzelpfandrecht an der Sache des B in Höhe der Ersatzforderung von 250 DM gegen ihn und ein zweites Einzelpfandrecht an der Sache des C, und zwar für 500 DM entsprechend der gegen ihn bestehenden Ausgleichsforderung. Ein Gesamtpfandrecht an den Sachen von B und C könnte dem A nur dann zustehen, wenn beide ihm als Gesamtschuldner zur Erstattung eines bestimmten Betrages verpflichtet wären [151], was in unserem Beispiel nicht der Fall ist. Zahlt hier C 750 DM an A "um ihm den Rückgriff zu erleichtern", so tritt er in Höhe von 500 DM in die Forderung gegen S ein [152]. Dagegen wird er wegen der Leistung weiterer 250 DM nur in die Rechte des A gegen S und B subrogiert, denn insoweit hatte er dem A gegenüber nicht die Stellung eines Verpfänders, sondern die eines unbeteiligten Dritten (§ 267. In der Annahme des Geldes durch A kann allerdings die stillschweigende Übertragung dieser Rechte liegen; andernfalls wäre V auf eigene Ansprüche gegen S und B, etwa aus Auftrag, angewiesen.

b) Wie wirkt es sich aus, wenn einer der Verpfänder zugleich persönlicher Schuldner ist? Beispiel: Die Forderung des G gegen S von 1000 DM ist durch Gesamtpfandrecht an Sachen des S und des V gesichert. Sieht V sich zur Befriedigung des G genötigt, so bestimmen sich die Folgen seiner Zahlung nach § 1225 [153]

---

150) Eingehende Auseinandersetzung mit der Gegenansicht Strohals u.a. oben Seite 48 f.

151) A. A. Haase, S. 30, und Barkhausen, S. 23 ff. (der die entsprechende Frage bei der Mitbürgschaft S. 11 offen gelassen hatte); nach ihnen erwirbt der zahlende Verpfänder das Pfandrecht an den von den übrigen gestellten Sachen in der Höhe, in der er überhaupt ersatzberechtigt ist.

152) Das Schicksal des Pfandrechts an der Sache des C hängt davon ab, in welcher Weise dieses Pfandrecht mit der getilgten Ersatzforderung des A gegen C verbunden war; s. dazu unter c).

153) § 1225 findet zwar nur bei Zahlung eines Verpfänders Anwendung, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Sein Eintritt in das Gesamtpfandrecht an

Gemäß Satz 1 geht die Forderung des G gegen S auf ihn über. Da er mit dieser auf jeden Fall Ersatz verlangen kann (Ersatzanspruch auf Grund einer gesetzlichen Sondervorschrift!), erwirbt er nach § 1225 S. 2 auch das Pfandrecht an der von S verpfändeten Sache, und zwar als Gesamtpfandrecht zugleich an seiner eigenen Sache, wenn die Ausnahmen des § 1256 Abs. 1 S. 2 oder Abs. 2 vorliegen.

Leistet S an G (im Zweifel auf Forderung und Pfandrecht zugleich), so erlischt die Forderung durch Erfüllung, § 362. Damit geht gemäß § 1252 auch das zu ihrer Sicherheit bestellte Gesamtpfandrecht unter. Das Pfandrecht an der Sache des V geht also selbst dann nicht auf S über, wenn er ausnahmsweise einen Ersatzanspruch gegen V hat. Er kann seine Position auch nicht dadurch verbessern, daß er ausdrücklich nur die Pfänder auslöst, denn § 1225 findet eben nur bei Zahlung eines Verpfänders Anwendung, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. S kann V also allenfalls persönlich in Anspruch nehmen.

c) In der theoretischen Konstruktion bietet das Gesamtpfandrecht gegenüber der Gesamthypothek [154] keine Besonderheiten. Kann der den Gläubiger befriedigende Verpfänder von einem der anderen Verpfänder auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen, so wird das Gesamtpfandrecht aufgespalten: in Höhe des Ersatzanspruchs und zu seiner Verstärkung wird das Pfandrecht an der vom Ersatzpflichtigen verpfändeten Sache auf den Ersatzberechtigten übergeleitet; es bleibt mit dem nach §§ 412, 401, 1250 mit der Hauptforderung auf den Ersatzberechtigten übergegangenen Pfandrecht an dessen eigener Sache zusammen Gesamtpfandrecht, sofern es dort nicht nach § 1256 erlischt; im übrigen (an Sachen nicht ersatzpflichtiger Verpfänder und an der Sache des Ersatzpflichtigen zu dem den Ersatzanspruch übersteigenden Betrag) geht das Pfandrecht wegen Erledigung seines Sicherungszweckes unter.

Dient das übergegangene Pfandrecht der Verstärkung des Ersatzanspruches und ist es darum in seinem weiteren Schicksal mit diesem verknüpft, so sichert es doch weiterhin zugleich die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und bleibt zu ihr akzessorisch [155]. Das Pfandrecht ist also nach seinem Übergang auf den Ersatzberechtigten von zwei Forderungen abhängig, ist zweiseitig akzessorisch. Man kann sich das so vorstellen: Das Pfandrecht soll auch in der Hand des neuen Gläubigers die Realisierung der Hauptforderung erleichtern; ist dieses Ziel erreicht, hat

---

der von einem anderen Verpfänder gestellten Sache richtet sich aber in jedem Falle nach § 1225 S. 2, auch wenn der andere Verpfänder mit dem persönlichen Schuldner identisch ist.

154) Vgl. oben S. 54 ff.

155) Haase, S. 29, nimmt auch hier eine gesetzliche Forderungsauswechslung an.

der persönliche Schuldner an den Ersatzberechtigten gezahlt, so entfällt der Sicherungszweck des Pfandrechts, und es erlischt daher. Die Sache des anderen Verpfänders, der so wenig wie der neue Gläubiger selbst der Hauptschuldner ist, soll für die Hauptforderung aber nicht ohne weiteres in Höhe der bisherigen Belastung haften, sondern nur insoweit, als jener Verpfänder dem neuen Gläubiger persönlich für die Erfüllung der Hauptforderung einstehen muß. Deshalb wird das Pfandrecht zusätzlich an den Ersatzanspruch gebunden, durch ihn begrenzt. Entfällt der Ersatzanspruch, so geht mit ihm das Pfandrecht unter; § 1252 ist auch in diesem Falle anwendbar. Weil die Haftung der Sache durch die zusätzliche Abhängigkeit des Pfandrechts von der Ersatzforderung nicht erweitert, sondern eingeschränkt wird, bestehen gegen die zweiseitige Akzessorietät auch hier keine Bedenken.

Ist einer der Verpfänder zugleich persönlicher Schuldner und wird ein anderer in Anspruch genommen, so ist die nach § 1225 S. 1 übergegangene Hauptforderun nicht das vielleicht außerdem noch bestehende Recht aus Auftrag, auftragloser Ge schäftsführung oder dergl., als Ersatzforderung des zahlenden bzw. durch Pfandve kauf geschädigten Verpfänders gegen den persönlichen Schuldner anzusehen. Die beiden Forderungen, zu denen das Pfandrecht normalerweise akzessorisch ist, sinc in diesem Falle also identisch.

5. Ist der Verpfänder gegen Verfügungen des Gläubigers geschützt, durch die di Durchsetzbarkeit künftiger Ersatzansprüche gegen andere Verpfänder verschlechte wird? Eine ausdrückliche, dem § 776 entsprechende Vorschrift kennt das Mobiliar pfandrecht nicht; es verweist in diesem Punkt auch nicht auf das Bürgschaftsrecht. Man könnte also höchstens eine analoge Anwendung des § 776 in Erwägung ziehe sie wird von einigen Vertretern der Ausgleichslehre [156] befürwortet. Stellt man sich auf den Boden dieser Lehre, nimmt man insbesondere an, der gesetzliche Au gleich vollziehe sich unabhängig von einem persönlichen Anspruch durch Eintritt des Ausgleichsberechtigten in das vom Ausgleichspflichtigen gestellte Pfand oder die Verpfänder seien einander "zur Ausgleichszahlung aus der Sache" verpflichte so liegt diese Analogie in der Tat sehr nahe [157], denn sonst würde man dem Ve pfänder mit der einen Hand das wieder teilweise nehmen, was man ihm mit der anderen gegeben hat. Findet aber - wie oben nachgewiesen wurde - beim Ge-

---

156) Förster, S. 25; Evers, S. 25; Oellers, S. 45 f.; Westermann § 129 IV 2.

157) Ganz unbedenklich ist sie selbst dann nicht, denn das Bürgschaftsrecht enthält in den §§ 771 ff. weitere Schutzvorschriften zugunsten des Bürgen, für die es im Mobiliarpfandrecht kein Korrelat gibt und die nach einhelliger Ansicht hier auch nicht entsprechend angewendet werden können.

samtpfandrecht kein gesetzlicher Ausgleich zwischen den Verpfändern statt, so spricht weit mehr gegen als für die analoge Anwendung des § 776 [158]. Wie bei der Gesamthypothek, so kann der Gläubiger auch hier davon ausgehen, daß keine Ausgleichsansprüche bestehen, ja er braucht sich um die interne Lastenverteilung unter den Verpfändern überhaupt nicht zu kümmern. Der § 1222 gibt ihm zwar expressis verbis nur das Recht, sich nach Belieben aus irgendeinem der Pfänder zu befriedigen. Daß darin auch das Recht enthalten ist, nach Belieben eines der Pfänder freizugeben, ergibt sich schon aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber die Auflösung von Gesamtpfandrechten wegen ihrer den Realkredit hemmenden Wirkung nach Möglichkeit fördern muß. Wenn das Mobiliarpfandrecht keine Bestimmung in der Art des § 1132 enthält, so beruht das nicht auf einer Verschiedenheit der Interessenlage, sondern darauf, daß das Gesamtpfandrecht im Gesetz längst nicht so eingehend geregelt wurde wie die Gesamthypothek. § 776 kann demnach zum Schutze des ausgleichsberechtigten Verpfänders nicht herangezogen werden [159].

Jetzt kann auch zu einem letzten Argument Stellung genommen werden, das gegen die oben zu 3. für richtig befundene Auslegung des § 1225 S. 2 ins Feld geführt wird. Man müsse, so wird von vielen Schriftstellern gesagt [160], die Ausgleichsfrage so regeln, daß die Verteilung der Schuldlast unter den Verpfändern von vornherein feststehe, also der Einflußnahme des Gläubigers und der Verpfänder entzogen sei; andernfalls leiste man unlauteren Machenschaften Vorschub. Soweit diese Schriftsteller zugleich die entsprechende Anwendung des § 776 ausdrücklich ablehnen [161] oder gar nicht in Erwägung ziehen [162], ist ihnen zu erwidern: Wenn der Gläubiger das Pfandrecht an einer Sache aufgeben kann und darf, ohne daß die Haftung der übrigen Sachen dadurch berührt wird, kann er die Verteilung der Schuldlast unter den Verpfändern jederzeit indirekt beeinflussen; daran ändert auch ein gesetzlicher Ausgleich nichts. - Wären die Gegener aber so konsequent, durch die Analogie zu § 776 auch diese Einflußmöglichkeit des Gläubigers auszuschalten, so würde ihnen der grundsätzliche Einwand

---

158) Das gibt auch Westermann aaO. zu.

159) Ebenso RG HRR 1942 Nr. 64; Koban, S. 201; Wüllenweber, S. 60; Quedenfeld, S. 60 f.; RGRK-Kregel und Erman-Ronke, je 3 zu § 1225.

160) Vgl. Koban, S. 130 f., 205; Bendix, S. 90 f.; Schulz, S. 45; Schneider, S. 33; Leichsering, S. 13 f.; Oellers, S. 36, 55 f.; Fasse, S. 5 f., 29 (der die Ausgleichslehre zu § 1225 S. 2 aber trotzdem ablehnt); Quedenfeld, S. 39; Vahldiek, S. 19. - Siehe auch unten Seite 141 f.

161) Koban und Quedenfeld (s. Note 159), sowie Schneider, S. 34.

162) Alle übrigen in Note 160 Genannten außer Oellers.

entgegenstehen, daß sie Ziel und Interessenbewertung des BGB bei der Regelung des Gesamtpfandrechts verkennen. Nach dem Gesetz soll der Gläubiger - abgesehen von § 1230 S. 2, der eine Verschleuderung der Pfandsachen verhindern soll - völlig frei entscheiden können, welche Pfänder er zu seiner Befriedigung heranziehen und auf welche er verzichten will. Die interne Lastenverteilung unter den Verpfändern sollte gerade nicht gesetzlich festgelegt und gesichert, sondern der Initiative der Verpfänder überlassen werden. Daß diese rechtliche Gestaltung zu angemessenen Ergebnissen führt, wurde eingehend dargelegt. Vor allem ist die mit ihr verbundene Gefahr einer Kollusion längst nicht so groß wie gemeinhin angenommen wird. Weiß ein Verpfänder, daß noch andere Personen für dieselbe Forderung Pfänder gestellt haben, und will er sich gegen die alleinige Inanspruchnahme durch den Gläubiger absichern, so ist ein Gang zu den anderen Verpfändern, um mit ihnen einen Ausgleichungsmodus festzulegen, viel erfolgversprechender als ein Bestechungsversuch beim Gläubiger [163]. Üblen Auswüchsen, die freilich nicht völlig ausgeschlossen sind, kann der Benachteiligte mit § 826 begegnen.

6. Jeder Verpfänder, aber auch nur der Verpfänder hat die Rechte des § 1225.

a) Der § 1225 gilt auch für Verpfänder, die nicht zugleich Eigentümer der von ihnen verpfändeten Sachen sind. Beispiel: E, der eine längere Reise antrat, hat dem A ein Schmuckstück in Verwahrung gegeben. Ohne Wissen des E verpfändet A das Schmuckstück zur Sicherung der Forderung des G gegen S von 1000 DM (§§ 1207, 932). Als B für die Forderung zusätzlich einen PKW zum Pfand gibt, vereinbaren A und B, einen etwaigen Verlust je zur Hälfte zu tragen. Befriedigt A den G, so erwirbt er nach § 1225 S. 1 die Forderung gegen S und nach § 1225 S. 2 in Höhe seines Ausgleichsanspruchs von 500 DM gegen B das Pfandrecht an dessen PKW. Als Nebenrecht der Hauptforderung geht ferner das Pfandrecht am Schmuckstück des E auf A über; es bleibt in Höhe von 500 DM mit dem Pfandrecht am PKW zusammen weiterhin Gesamtpfandrecht. Auf den ersten Blick erscheint es bedenktlich, daß der nichtberechtigte Verpfänder selbst das Pfandrecht soll erlangen können, das kraft des guten Glaubens des Gläubigers entstanden ist. Solche Bedenken sind jedoch unbegründet, denn das Pfandrecht ist kein selbständiges Recht wie das Eigentum, sondern ein bloßes Sicherungsrecht, das zur Hauptforderung und, soweit es mit dem Pfandrecht am PKW des B ein Gesamtpfandrecht bildet, kumulativ auch zur Ersatzforderung gegen B akzessorisch ist. Das Pfandrecht erlischt also ganz, wenn S seine Schuld tilgt, teilweise, wenn B 500 DM an A zahlt. Außerdem kann E als Schadensersatz A's Verzicht auf das Pfandrecht verlangen und, gestützt auf die Schadensersatzansprüche, der Geltendmachung des Pfandrechts durch A widersprechen; nach § 1254 kann er die Rückgabe seiner Sache fordern.

---

163) Vgl. oben Seite 53.

War A Eigentümer des von ihm verpfändeten Schmuckstücks, hat er es aber inzwischen nach § 931 an E veräußert und sich dabei verpflichtet, für die Befriedigung des G zu sorgen, so erwirbt er durch seine Zahlung an G wiederum die Forderung gegen S, das Pfandrecht an dem jetzt E gehörenden Schmuckstück und in Höhe seines Ausgleichsanspruchs gegen B auch das Pfandrecht an dessen PKW. Er ist allerdings dem E gegenüber verpflichtet, auf das Pfandrecht am Schmuckstück zu verzichten; den Anspruch gegen G auf Herausgabe der Pfandsache hat er dem E ja schon bei der Veräußerung abgetreten.

Die Rechtsfolgen des § 1225 S. 2 treten auch ein, wenn der ersatzpflichtige Verpfänder nicht oder nicht mehr Eigentümer der von ihm verpfändeten Sache ist. Hat in den obigen Beispielsfällen B seinen PKW an X übereignet, bevor A den G befriedigt hat, so geht das Pfandrecht an dem PKW gleichwohl zum Betrag von 500 DM auf A über, weil er insoweit von B Ersatz verlangen kann. Das beruht auf denselben Gründen wie die Vorschrift des § 1173 Abs. 2, wonach nicht nur ein Ersatzanspruch gegen den jetzigen, sondern auch ein solcher gegen den früheren Eigentümer eines der anderen Grundstücke den Eintritt in die Hypothek an diesem Grundstück eröffnet: Dem B darf es nicht möglich sein, durch Veräußerung des PKW dessen Haftung für die künftige Ausgleichsforderung des A zu beseitigen. X hat den PKW mit dem Pfandrecht belastet erworben. Er konnte darauf, daß der PKW durch die Leistung des anderen Verpfänders pfandfrei würde, ebensowenig vertrauen wie darauf, daß nicht er, sondern der andere Verpfänder in Anspruch genommen würde. Er konnte sich aber durch entsprechende Vereinbarungen mit B gegen Schaden sichern und kann sich allein an ihn halten, wenn A das Pfandrecht geltend macht. - A erwirbt das Pfandrecht am PKW selbst dann, wenn dieser von Anfang an dem X gehörte und von B ohne Erlaubnis des X verpfändet worden war (sofern er dem X nicht im Sinne von § 935 abhanden gekommen war). Wie X sich damit abfinden müßte, wenn B den PKW einem Gutgläubigen übereignet hätte, so muß er auch die Begründung des Pfandrechts und die Eingehung der Ersatzverpflichtung durch B gegen sich gelten lassen. Er muß seinen Glauben dort suchen, wo er ihn gelassen hat, d.h. er kann nur von B, dem er den PKW anvertraut hatte, Schadensersatz verlangen [164].

b) Auch wenn der Verpfänder zugleich Eigentümer ist, stehen ihm die Rechte des § 1225 zu. Fraglich ist nur, ob er darauf beschränkt ist. Zu 2.b) wurde bereits erwähnt, daß der Pfandeigentümer nach § 1249 S. 1 ablösungsberechtigt ist. Befriedigt er den Gläubiger, so hat das nach §§ 1249 S. 2, 268 Abs. 3, 412, 401, 1250 an sich zur Folge, daß er nicht nur in die Forderung gegen den persönlichen Schuldner, sondern zugleich in alle Nebenrechte derselben - mithin auch in das

---

164) So auch Sternberg, S. 551 f.; Wüllenweber, S. 60 f.

Gesamtpfandrecht - in vollem Umfang eintritt. Wie läßt sich der Widerspruch zwischen diesem automatischen, vollen Übergang des Gesamtpfandrechts und dem vom Bestehen eines Ersatzanspruchs abhängigen (Teil-)Übergang nach § 1225 S. 2 auflösen ?

§ 1225 S. 2 könnte lex specialis gegenüber § 1249 S. 2 sein [165]. Auf einen Eigentümer, der zugleich Verpfänder ist, würde dann allein § 1225 Anwendung finden, während eine Zahlung des Nur-Eigentümers nach § 1249 zu beurteilen wäre. Man könnte sich die im vollen Übergang des Gesamtpfandrechts liegende Privilegierung des letzteren damit erklären, daß er eine Sache ablösen muß, deren Haftung er nicht selbst begründet hat. - Zwischen beiden Vorschriften besteht jedoch kein Spezialitätsverhältnis der genannten Art: Der Verpfänder als solcher fällt überhaupt nicht unter die Ablösungsberechtigten des § 1249; außerdem ist § 1249 nicht die allgemeinere, sondern insofern die engere Bestimmung, als er voraussetzt, daß jemand an den Gläubiger leistet, um den Pfandverkauf und den damit verbundenen Verlust eines Rechtes an der Sache zu verhindern, während § 1225 stets eingreift, wenn jemand in seiner Eigenschaft als Verpfänder den Gläubiger befriedigt. Beide Paragraphen stehen also nebeneinander; der Verpfänder, der zugleich Eigentümer ist, kann zwischen ihnen wählen [166].

Wäre die streng am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung des § 1249 S. 2 richtig, so könnte ein solcher Verpfänder das Pfandrecht an den Sachen der andern stets in vollem Umfang geltend machen; der § 1225 S. 2 käme nur noch in wenigen Ausnahmefällen zum Zuge. Der Pfandeigentümer, der zuerst an den Gläubiger zahlt, könnte die ganze Schuldlast auf die übrigen Eigentümer abwälzen, denn das Pfandrecht an seiner eigenen Sache würde nach § 1256 fast immer untergehen und könnte im übrigen auch aufgehoben werden. Ein derartiges Ergebnis hat die 2. Kommission bei der Beratung der Gesamthypothek ausdrücklich mißbilligt und ihm die dann in den §§ 1173, 1225 S. 2 Gesetz gewordene Lösung vorgezogen [167]. Daraus kann man schließen, daß der Gesetzgeber auch die für die Eigentümer der mit einem Gesamtpfandrecht belasteten Mobilien aus den §§ 1249 S. 2, 412, 401, 1250 sich ergebenden Folgen nicht gewollt haben kann [168], daß er sie vielmehr nur deshalb nicht ausgeschlossen hat, weil er sie nicht sah. Hat der Gesetzgeber es versäumt, eine allgemeine Regel dort auszuschließen oder einzuschränken, w

---

165) Diese Meinung vertreten Abrahamsohn, S. 3, und Förster, S. 8.

166) Ebenso Dähne, S. 5. - Auf Unterschiede in den tatbestandlichen Voraussetzungen beider Vorschriften weisen auch Koban, S. 101 ff., und Oellers, S. 46 f., hin.

167) Siehe die Protokolle bei Mugdan Bd. III, S. 866 f.

168) Die Entstehungsgeschichte, auf die Strohal, IherJ 61, 96 Anm. 63, verweist, gibt darüber keine eindeutige Auskunft.

der teleologische Sinnzusammenhang des Gesetzes es erfordert, so liegt eine Gesetzeslücke, eine "verdeckte Regelungslücke" im Sinne von Larenz [169] vor, die an Hand der im Gesetz enthaltenen Wertungen ausgefüllt werden muß ("teleologische Reduktion"). In unserem Zusammenhang kann es sich nur darum handeln, die §§ 412, 401 für das Verhältnis der Pfandeigentümer zueinander auszuschließen und durch den in §§ 1173, 1225 S. 2 zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken zu ersetzen, daß ein dinglicher Drittsicherer in die von einem anderen dinglichen Sicherer gestellte bzw. ihm gehörende Sicherheit nur eintritt, soweit er gegen diesen einen Ersatzanspruch hat.

Daß dieser Rechtsgedanke zu billigen Resultaten führt, wenn ein Eigentümer, der zugleich Verpfänder ist, den Gläubiger befriedigt, braucht nach den bisherigen Ausführungen nicht weiter begründet zu werden. Muß aber der zahlende Nur-Eigentümer nicht besonders privilegiert werden ? Die Personenverschiedenheit von Verpfänder und Eigentümer kann einmal darauf beruhen, daß der Eigentümer die Pfandsache erst nach der Verpfändung erworben hat. Hier wäre es erstaunlich, wenn er den Verpfändern bzw. Eigentümern der übrigen mit dem Pfandrecht belasteten Sachen gegenüber besser gestellt wäre als sein Rechtsvorgänger [170]. Er konnte sich, als er den schon belasteten Gegenstand erwarb, durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Veräußerer sichern, und nur an ihn kann er sich wegen einer notwendig werdenden Zahlung halten. Die anderen Pfänder kann er nur in Anspruch nehmen, wenn er gegen ihre Verpfänder oder Eigentümer einen Ersatzanspruch hat, sei es, daß er sich einen solchen vom Veräußerer abtreten ließ, sei es, daß er selbst noch eine Ausgleichsabrede getroffen hat. - Zum andern ist der Fall zu berücksichtigen, daß ein Nichteigentümer die Sache verpfändet hat. Tat er das mit Zustimmung des Eigentümers, so kann dieser nicht anders gestellt sein, als wenn er selbst die Sache verpfändet hätte. Aber auch im andern Falle muß er sich nach dem deutschrechtlichen Prinzip "Hand wahre Hand" eine Pfandbestellung durch den, dem er die Sache anvertraut hatte, zurechnen lassen und kann wegen eines daraus entstehenden Schadens grundsätzlich nicht auf die anderen für dieselbe Forderung gestellten Pfänder seinen Zugriff nehmen; anders ist es etwa bei einer vom persönlichen Schuldner verpfändeten Sache, weil mit der Forderung gegen diesen entsprechend §§ 1173 Abs. 2, 1225 S. 2 auch das Pfandrecht an seiner Sache auf den zahlenden Eigentümer übergehen muß.

Es trifft zwar auch für andere nach § 1249 zur Ablösung Berechtigte zu, daß sie ihr Recht an einer bereits mit einem Pfandrecht belasteten Sache erworben haben

---

169) Larenz, Methodenlehre, S. 283 f., 296 ff.

170) Anders ist es natürlich im Falle eines gutgläubig lastenfreien Erwerbs nach § 936; vgl. aber Abs. 3 dieser Vorschrift!

und daß sie deshalb einen bei Geltendmachung des Pfandrechts durch den Gläubiger eintretenden Schaden voraussehen und sich dagegen durch Vereinbarungen mit dem Sacheigentümer schützen konnten, so etwa für einen nachrangigen Pfandgläubiger oder Nießbraucher. Trotzdem hat das Gesetz an keiner Stelle den Übergang der für die Forderung bestehenden Nebenrechte auf diese Ablösungsberechtigten ausgeschlossen oder eingeschränkt; vgl. die §§ 268, 1150. Der Gesetzgeber war offenbar der Auffassung, es sei jedem Pfandeigentümer oder Verpfänder eher zuzumuten, daß er die Last der Schuld trage, als demjenigen, der nur ein beschränktes dingliches Recht an einer der verpfändeten Sachen hat und der nun den Gläubiger befriedigen muß, um sich sein Recht zu erhalten. Deshalb gab er solchen Ablösungsberechtigten die Möglichkeit, ihren Schaden auf sämtliche für die Forderung haftende Grundstücke oder bewegliche Sachen abzuwälzen. - Demnach können die §§ 1173, 1225 S. 2 nicht auf die Ablösungsberechtigten des § 1249 schlechthin [171], sondern nur auf den zahlenden Pfandeigentümer entsprechend angewendet werden.

Der § 1249 muß im Wege der Lückenausfüllung also folgenden Zusatz erhalten: "Der Eigentümer einer der mit einem Gesamtpfandrecht belasteten Sachen erwirbt das Pfandrecht an den übrigen Pfandsachen jedoch nur, soweit er gegen deren Eigentümer, ihre Rechtsvorgänger oder gegen die Verpfänder dieser Sachen einen Ersatzanspruch hat" [172]. Dadurch wird erreicht, daß der Eigentümer, der zugleich Verpfänder ist, durch eine Leistung an den Gläubiger nach § 1225 S. 2 und § 1249 S. 2 die gleichen Rechte erlangt [173].

c) Ist der Pfandeigentümer in dieser Weise aus dem Kreis der nach § 1249 Ablösungsberechtigten herausgehoben und dem Verpfänder gleichgestellt, dessen Eintrittsrecht nach § 1225 allein die Befriedigung des Gläubigers voraussetzt, so wird man nicht zögern dürfen, den ergänzten § 1249 auch anzuwenden, wenn der Gläubiger sich durch den Verkauf einer Sache befriedigt. Der Eigentümer hat es dann zwar gerade versäumt, an den Gläubiger zu leisten, um sich das Eigentum an der Sache zu erhalten; es handelt sich mithin nicht um eine Ablösung. Gleichwohl gilt die Forderung des Gläubigers als durch den Eigentümer berechtigt, § 124

---

171) So Schulz, S. 73 f.

172) Im Ergebnis ebenso Sternberg, S. 556; Strohal, IherJ 61, 96 Anm. 63; vgl. auch Meyer, S. 97 ff. Für entsprechende Anwendung des § 1225 S. 2, der ihrer Meinung nach allerdings zu gesetzlichem Ausgleich führt, auch OLG Hamburg HansGZ 1920, Beibl. S. 227; OLG Frankfurt JW 1931, 2751; Koban, S. 200 f.; Förster, S. 24 (vgl. aber S. 8); Wüllenweber, S. 61 (freilich mit schiefer Begründung); Oellers, S. 47; K. Weiß, S. 48 f. - A.A. Dorst, S. 70 ff.

173) Denn man muß auch auf den Verpfänder als solchen das Pfandrecht an einer

Nach dem Sinnzusammenhang des Gesetzes soll diese Forderung gegen den persönlichen Schuldner nicht unter-, sondern auf den als Nichtschuldner "zahlenden" Eigentümer übergehen; außerdem muß er das Pfandrecht an jeder nicht zum Pfandverkauf gebrachten Sache erwerben, soweit er gegen ihren Eigentümer, dessen Rechtsvorgänger oder gegen den Verpfänder einen Ersatzanspruch hat [174]. Ist er zugleich Verpfänder, so kann man den Übergang der Gläubigerrechte auch auf § 1225 stützen [175]. Für die Ausdehnung der §§ 1225, 1249 auf den Fall des § 1247 spricht vor allem auch die Rechtslage bei der Gesamthypothek, wo § 1143 Abs. 1 analog angewandt wird und die §§ 1181 Abs. 2, 1182 besondere Vorschriften für den Eintritt des Eigentümers des verwerteten Grundstücks in die Hypothek an den übrigen Grundstücken geben [176].

Zusammenfassend kann man sagen: Sind mehrere bewegliche Sachen mit einem Gesamtpfandrecht belastet und befriedigt der Verpfänder oder Eigentümer einer Sache den Gläubiger, so erwirbt er stets das Pfandrecht an dieser Sache, das jedoch regelmäßig erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, §§ 1225 S. 1, 1249, 268 Abs. 3, 412, 401, 1250, 1256. Das Pfandrecht an einer der anderen Sachen geht nur dann auf ihn über, wenn er gegen ihren Verpfänder oder gegen ihren Eigentümer bzw. dessen Rechtsvorgänger aus Vertrag oder gesetzlicher Sondervorschrift einen Ersatzanspruch hat, §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2, 1249 S. 2, 1173. In diesem Falle ist das übergegangene Pfandrecht kumulativ zur Hauptforderung und zum Ersatzanspruch akzessorisch. Gegen Verfügungen des Gläubigers über das Pfandrecht an der Sache des Ersatzpflichtigen ist der Ersatzberechtigte nicht geschützt.

---

nicht von ihm selbst gestellten Sache übergehen lassen, wenn er zwar nicht gegen ihren Verpfänder, aber gegen ihren jetzigen Eigentümer einen Ersatzanspruch hat. Derartige Ansprüche zwischen einem Verpfänder und einem Nur-Eigentümer, die z. B. auf einer nachträglichen Ausgleichsvereinbarung beruhen können, sind durchaus denkbar; a. A. Sternberg, S. 555.

174) Für die Anwendbarkeit des § 1249 auch im Falle des § 1247 OLG Hamburg HansGZ 1920, Beibl. S. 226 f.; OLG Frankfurt JW 1931, 2751 (m. umfangreichen Nachweisen); Abrahamsohn, S. 38 f.; Förster, S. 7 f.; Oellers, S. 29; Cohn, S. 411 f. Schulz, S. 54, zieht stets den § 1225 heran. - Gegen die hier vertretene Ansicht Oertmann, JW 1932, 200 f.

175) Siehe oben Seite 66 und 67 f.

176) Vgl. Seite 42 Note 77 und Seite 45.

IV. ERGEBNIS

In allen drei Fällen gleichartiger Mehrfachsicherung - bei Mitbürgschaft, Gesamthypothek und Mobiliargesamtpfandrecht - leitet das BGB die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner auf denjenigen Drittsicherer [177] über, der den Gläubiger befriedigt hat. In keinem Falle läßt es aber die von anderen gestellten Sicherheiten automatisch und in vollem Umfang übergehen. Vielmehr schließt es die §§ 412, 401 jeweils durch Spezialvorschriften aus, wonach der zahlende Sicherer in eine der anderen Sicherheiten nur insoweit eintreten soll, als er von dem betreffenden Sicherer Ersatz verlangen kann. Dadurch wird die übergehende Sicherheit, die weiterhin zur Hauptforderung akzessorisch bleibt, stets zusätzlich an die Ersatzforderung angelehnt.

Der Sicherer, der an den Gläubiger geleistet hat (bzw. aus dessen Sicherheit der Gläubiger sich befriedigt hat), kann einen anderen Sicherer also nur dann zur Tragung des Verlustes mit heranziehen, wenn er von ihm ganz oder teilweise Ersatz für seine Aufwendungen fordern kann. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen er einen solchen Anspruch hat, hat das Gesetz für die einzelnen Fälle verschieden beantwortet: Während bei mehrfacher persönlicher Sicherung - bei der Mitbürgschaft - die Sicherer einander kraft Gesetzes zur Ausgleichung nach gleichen Teilen verpflichtet sind, sofern nichts anderes bestimmt und beim persönlichen Schuldner nichts zu holen ist, kommt bei mehrfacher dinglicher Sicherung - bei Gesamthypothek und Mobiliargesamtpfandrecht - nur eine Vereinbarung oder eine gesetzliche Sondervorschrift als Anspruchsgrundlage in Betracht. Ein Unterschied in der rechtlichen Gestaltung besteht außerdem insofern, als der ersatzberechtigte Mitbürge, im Gegensatz zum ersatzberechtigten Eigentümer oder Hypothekenbesteller bei der Gesamthypothek und zum ersatzberechtigten Verpfänder oder Pfandeigentümer beim Gesamtpfandrecht, gegen sein Ausgleichsrecht beeinträchtigende Verfügungen des Gläubigers über die von Ersatzpflichtigen gestellten Sicherheiten geschützt ist.

---

177) Der Begriff "Sicherer" umfaßt hier und im folgenden sowohl den Grundstückseigentümer als auch den Hypothekenbesteller, den Mobiliarverpfänder wie den Pfandeigentümer.

C. ZUSAMMENTREFFEN MEHRERER UNGLEICHER SICHERUNGEN FÜR DIESELBE FORDERUNG

Die gesetzliche Regelung der Ausgleichsfrage bei Mitbürgschaft, Gesamthypothek und Mobiliargesamtpfandrecht eröffnet auch für die eingangs unter A II. erörterten Fälle, in denen für eine Forderung mehrere verschiedenartige Sicherungsrechte bestellt waren, neue Aspekte. Nehmen wir diese Fälle deshalb noch einmal einzeln vor !

I. SICHERUNG EINER FORDERUNG DURCH HYPOTHEK UND MOBILIARPFANDRECHT

1. Besteht für dieselbe Forderung eine Hypothek und ein Mobiliarpfandrecht, so haben wir es wie bei Gesamthypothek und Gesamtpfandrecht mit einer dinglichen Mehrfachsicherung zu tun. Man könnte deshalb erwägen, ob der Gläubiger auch hier ein einheitliches dingliches Verwertungsrecht, diesmal an einer unbeweglichen und einer beweglichen Sache, hat; die §§ 1120 ff. zeigen ja, daß ein solches einheitliches Recht beide Arten von Sachen ergreifen kann. Während aber in den §§ 1120 ff. die Hypothek die zum Grundstück gehörenden beweglichen Sachen mit erfaßt, ist die Belastung hier am Grundstück Hypothek, an der beweglichen Sache Faustpfandrecht. Beide sind vom Gesetz verschieden ausgestaltet, und wenn die Wissenschaft auch die Bezeichnung "Pfandrecht" als Oberbegriff für die Grundpfandrechte (Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld) und das Mobiliarpfandrecht gebraucht, um gemeinsame Merkmale, etwa ihren Charakter als dingliche Verwertungsrechte, herauszustellen, so ist ein einheitliches Rechtsinstitut "Pfandrecht" dem BGB selbst doch fremd.

Die in der vorliegenden Arbeit interessierenden Ausgleichsfragen können natürlich nur dort auftauchen, wo Hypothekenbesteller, Grundstückseigentümer, Verpfänder und Pfandeigentümer nicht dieselbe Person sind. Im folgenden wird zunächst vorausgesetzt, daß der Grundstückseigentümer zugleich Hypothekenbesteller, der Verpfänder zugleich Pfandeigentümer ist und daß keiner von beiden dem Gläubiger auch persönlich schuldet. Die damit ausgeschiedenen Fälle sollen erst am Schluß[178] in die Betrachtung mit einbezogen werden.

---

178) Siehe unten Seite 97 ff.

2. Vergegenwärtigen wir uns jetzt noch einmal [179], was sich für die Mehrfachsicherung durch Hypothek und Mobiliarpfandrecht aus dem Gesetz ergibt: Der Gläubiger hat das Recht, sich nach seiner Wahl aus dem ihm verhafteten Grundstück oder aus der Pfandsache oder auch aus beiden zu befriedigen (§§ 1147, 1228). Hat er jedoch die Zwangsversteigerung des Grundstücks bereits beantragt und ist die Forderung durch den zu erwartenden Erlös gedeckt, so darf er die verpfändete Sache nicht mehr zum Verkauf bringen, § 1230 S. 2 analog. - Der Grundstückseigentümer kann die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück, der Verpfänder den Verkauf seines Pfandes dadurch abwenden, daß er freiwillig an den Gläubiger leistet, §§ 1142, 1223 Abs. 2, 1249 S. 1. Macht der Grundstückseigentümer von dieser Möglichkeit Gebrauch oder wird sein Grundstück vom Gläubiger verwertet, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner auf ihn über, § 1143 Abs. 1. Auch der Verpfänder erwirbt gemäß §§ 1225 S. 1, 1249 S. 2, 268 Abs. 3 die Forderung gegen den persönlichen Schuldner, wenn er an den Gläubiger zahlt oder seine Sache durch Pfandverkauf verliert [180]. - Da es für das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht keine Sondervorschriften nach Art der §§ 769, 774 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. gibt, müßte der den Gläubiger befriedigende Grundstückseigentümer nach den §§ 412, 401, 1250 mit der Forderung auch das für sie bestehende Pfandrecht automatisch und in vollem Umfang erlangen, ebenso der zahlende Verpfänder die für die Forderung bestehende Hypothek nach den §§ 412, 401, 1153 [181]. Danach könnte stets derjenige, der den Gläubiger befriedigt, die vom anderen gestellte Sicherheit geltend machen und so die Last der Schuld auf diesen überwälzen. Das ist gerade die Lösung, die die Gesetzesverfasser für das gleichliegende Ausgleichsproblem bei der Gesamthypothek mit Recht abgelehnt haben [182], weil niemand

---

179) Vgl. oben Seite 9 f.

180) Darüber, daß die §§ 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2, 268 Abs. 3 auch bei Verwertung des Grundstücks oder der Pfandsache anwendbar sind, s. oben Note 12 (Seite 6), Seite 66 und Seite 86 f.

181) Die §§ 401, 1250 Abs. 1 sind zwar dispositive Vorschriften; ob das Mobiliarpfandrecht jedoch durch eine bloße Vereinbarung der beiden Sicherer ganz oder teilweise von der cessio legis ausgenommen werden könnte, ist höchst zweifelhaft. Bei der Hypothek wäre ein derartiger Ausschluß wegen de zwingenden Charakters des § 1153 (vgl. dessen Abs. 2) von vornherein unmö lich.

182) Siehe die Protokolle der 2. Komm. bei Mugdan Bd. III, S. 866 f. - Barkhausen, S. 29 ff., 39 f., und Soergel-Baur 6 zu § 1143 glauben, sic mit diesem Ergebnis abfinden zu müssen.

verstehen könnte, warum das Gesetz den vom Gläubiger in Anspruch Genommenen frei ausgehen ließe und die Last dem aufbürden würde, den der Gläubiger verschonen wollte.

Die bisherige Betrachtung ist allerdings insofern unvollständig, als auf jeden der beiden Sicherer bei freiwilliger Leistung an den Gläubiger mit der Forderung auch das von ihm selbst bestellte Sicherungsrecht übergeht; während nun die Hypothek in der Hand des Grundstückseigentümers als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs. 2) bestehenbleibt [183], erlischt nach § 1256 das dem Pfandeigentümer zufallende Mobiliarpfandrecht regelmäßig. Der vom zahlenden Grundstückseigentümer aus seinem Pfandrecht in Anspruch genommene Verpfänder könnte sich daher durch Einlösungszahlung den Eintritt in die Hypothek verschaffen und mit deren Hilfe den Schaden auf den Grundstückseigentümer zurückwälzen, der Grundstückseigentümer hätte im umgekehrten Falle diese Möglichkeit nicht [184]. Man darf jedoch nicht übersehen, daß die §§ 1177, 1256 nur eingreifen könnten, wenn einer der beiden Sicherer freiwillig zahlt. Kommt es dagegen zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder zum Pfandverkauf, so müßte es bei dem untragbaren Ergebnis sein Bewenden haben, daß der den Verlust allein zu tragen hätte, den der Gläubiger nicht in Anspruch nehmen wollte.

Und selbst bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers durch Grundstückseigentümer oder Verpfänder könnten jene Vorschriften überspielt werden: Das Gesetz enthält keine dem § 776 entsprechende Bestimmung zum Schutze des Verpfänders; man muß also zunächst davon ausgehen, daß die Haftung des Pfandes unberührt bleibt, wenn der Gläubiger eine Hypothek aufgibt, aus der der Verpfänder im Falle seiner Inanspruchnahme hätte Ersatz erlangen können. Der Grundstückseigentümer könnte deshalb sofort nach Fälligkeit der Forderung an den Gläubiger leisten, die auf ihn übergehende Hypothek am eigenen Grundstück löschen lassen und erst dann das Mobiliarpfandrecht geltend machen. Dadurch hätte er dem Verpfänder einen weiteren Rückgriff auf das Grundstück endgültig abgeschnitten. Angesichts dieser Gestaltungsmöglichkeit des Grundeigentümers käme man auch für die Alternative einer freiwilligen Zahlung zu dem Schluß, daß stets der den Gläubiger Befriedigende den Schaden endgültig auf den anderen

---

183) Anders ist es allerdings bei der Hypothek für Zinsrückstünde; sie erlischt nach § 1178, soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Hier kommt man zum gleichen Ergebnis, wie wenn der Gläubiger sich zwangsweise aus dem Grundstück befriedigt; dazu sogleich mehr.

184) Vgl. im einzelnen oben Seite 9 f.

Sicherer abwälzen könnte [185]. In den Ausnahmefällen, in denen eigentlich § 1256 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 zum Zuge käme, würde sich übrigens dasselbe Resultat ergeben, denn das Gesetz sichert ja auch den Grundstückseigentümer nicht gegen Verfügungen des Gläubigers über ein Mobiliarpfandrecht, auf das der Grundeigentümer hätte zurückgreifen können. Darum könnte jeder der beiden Sicherer die sich sonst anbahnende endlose Rückgriffskette abbrechen, indem er nach seiner Einlösungszahlung (an den Gläubiger oder den anderen Sicherer) das Recht an der eigenen Sache aufgeben und dann den anderen Sicherer in Anspruch nehmen würde; dieser könnte sich nur noch an den persönlichen Schuldner halten.

Durch analoge Anwendung des § 776 könnte dieses unbefriedigende und dem Willen des historischen Gesetzgebers offenbar widersprechende Ergebnis zwar vermieden werden, vorausgesetzt, daß der Verpfänder es niemals auf den zwangsweisen Zugriff des Gläubigers ankommen ließe. Der Mobiliarverpfänder hätte dann - wenigstens im Regelfall des § 1256 Abs. 1 S. 1 - im Verhältnis zum Grundstückseigentümer immer das bessere Recht. Wie schon zu A II 3. angedeutet, gibt jedoch auch diese Lösung zu schweren Bedenken Anlaß. Der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks befindet sich dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner gegenüber in genau der gleichen Position wie der Mobiliarverpfänder, der zugleich Eigentümer der Pfandsache ist: jeder hat an seiner Sache dem Gläubiger ein dingliches Verwertungsrecht bestellt und sich damit in die Gefahr begeben, eines Tages entweder die verhaftete Sache zu verlieren oder den Gläubiger für seine Forderung befriedigen zu müssen; jeder kann vom Schuldner Ersatz verlangen, wenn er wirklich Aufwendungen machen muß. Deshalb ist kein Grund ersichtlich, warum der Grundeigentümer im Verhältnis zum Verpfänder einen etwa eintretenden Verlust stets allein soll tragen müssen [186].

Mit einer so willkürlichen Bevorzugung des Mobiliarverpfänders wird man sich schwerlich deshalb nicht zufriedengeben dürfen, weil sie auf den §§ 1177, 1256 beruhen würde, also auf Vorschriften, in denen es um etwas ganz anderes geht als um die Verteilung der Haftungslast unter mehreren Sicherern. Beide Bestimmungen (siehe § 1256 Abs. 2!) wollen ein Aufrücken nachrangiger Pfandgläubiger verhindern und so dem Sacheigentümer die Möglichkeit geben, die durch eine Einlösungszahlung oder durch die rechtsgeschäftliche Abtretung der Gläubigerrechte an den Eigentümer erledigte Post zu den mit der vorderen Rangstelle verbundenen günstigeren Bedingen neu zu beleihen. Daß das Eigentümerpfandrecht an unbeweglichen Sachen

---

185) So in der Tat Wüllenweber, S. 71 ff.

186) Trotzdem meint Schneider, S. 37 ff., diese Lösung sei im Gesetz vorgeschrieben.

stärker ausgeprägt ist als an beweglichen Sachen, hat seinen Hauptgrund darin, daß Belastungen für verschiedene Gläubiger bei einem Grundstück häufig, bei Mobilien sehr selten sind (niemand wird sich durch ein Pfand sichern wollen, das ein anderer Pfandgläubiger bereits im Besitz hat). Daneben spielt im Liegenschaftsrecht, wo zur Begründung beschränkter dinglicher Rechte stets die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist (§ 873 Abs. 1), der Gedanke eine Rolle, daß der Eigentümer dasselbe Grundpfandrecht immer wieder zur Sicherung neuer Kredite soll verwenden können, ein Gesichtspunkt, der im Mobiliarpfandrecht ohne Bedeutung ist, weil dort ein Pfandrecht durch Einigung und Übergabe der Pfandsache (§ 1205) einfach und schnell bestellt werden kann (vgl. die §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1154 im Gegensatz zu § 1252).

Demnach dient der § 1177 Abs. 2 i. Verb. m. Abs. 1 allein dem Interesse des Eigentümers am Bestehenbleiben des Grundpfandrechts in seiner Hand und an der Erhaltung des Ranges, den dieses Grundpfandrecht einnimmt. Der § 1256 ordnet das Erlöschen des auf den Eigentümer übergehenden Mobiliarpfandrechts an, weil für sein Fortbestehen (abgesehen von einem gelegentlichen Rangerhaltungsinteresse des Eigentümers - in solchen Ausnahmefällen gilt das Pfandrecht nach Abs. 2 als nicht erloschen) kein Bedürfnis vorliegt. Andere Ziele hat der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften nicht verfolgt [187]. Aus der Tatsache, daß gerade von ihnen die interne Lastenverteilung zwischen Grundstückseigentümer und Mobiliarverpfänder abhängen würde, wenn man auf den zahlenden Sicherer das vom anderen bestellte Sicherungsrecht nach §§ 412, 401 mit der Forderung übergehen ließe, ergibt sich also der Schluß, daß der Gesetzgeber die Heranziehung der §§ 412, 401 für die Ausgleichsfrage nicht gewollt haben kann. Offenbar hat er überhaupt nicht daran gedacht, daß für eine Forderung auch verschiedenartige dingliche Drittsicherungen bestehen können, und es deshalb versäumt, den automatischen Eintritt des leistenden Verpfänders in die Hypothek und des leistenden Grundeigentümers in das Pfandrecht auszuschließen oder doch einzuschränken, wie er dies nach seiner Interessenbewertung in gleichliegenden Fällen - bei Gesamthypothek und Mobiliargesamtpfandrecht - folgerichtig hätte tun müssen. Das Versäumnis des Gesetzgebers hat somit, ähnlich wie bei den §§ 1249 S. 2, 268 Abs. 3 für das Verhältnis mehrerer Pfandeigentümer zueinander, zu einer verdeckten Regelungslücke geführt, die im Wege teleologischer Reduktion ausgefüllt werden muß [188].

---

187) Selbstverständlich muß daneben auch das Recht eines Dritten an der durch Hypothek oder Pfandrecht gesicherten Forderung geschützt werden; vgl. § 1256 Abs. 1 S. 2.

188) Siehe oben Seite 84 f.

3. Für alle drei Fälle gleichartiger Mehrfachsicherung findet sich im Gesetz die Sonderregelung, daß der den Gläubiger befriedigende Sicherer die von anderen gestellten Sicherheiten nicht nach §§ 412, 401 in vollem Umfang, sondern jede Sicherheit nur insoweit erwerben soll, als er von dem betreffenden Sicherer Ersatz verlangen kann, §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2. Ist dieser Rechtsgedanke gleichermaßen bei Mitbürgschaft, Gesamthypothek und Gesamtpfandrecht zum Ausdruck gekommen, so wird man ihn auch beim Zusammentreffen von Hypothek und Mobiliarpfandrecht anwenden dürfen und müssen. Das heißt zunächst, daß die Hypothek auf den zahlenden Verpfänder nur in der Höhe übergeht, in der er vom Grundeigentümer Erstattung seiner Aufwendungen fordern kann; es bedeutet nach den bisherigen Untersuchungen aber darüber hinaus, daß die Hypothek, die von der Hauptforderung gegen den persönlichen Schuldner abhängig ist und bleibt, zusätzlich an den Ersatzanspruch gebunden wird, so daß sie von jetzt an zweiseitig akzessorisch ist [189]. Entsprechendes gilt natürlich für den Eintritt des leistenden Grundstückeigentümers in das Pfandrecht.

Viele Schriftsteller, die die Heranziehung des genannten Rechtsgedankens für das Verhältnis Verpfänder - Grundeigentümer befürworten, sehen in ihm nur eine Einschränkung der §§ 412, 401; soweit der den Gläubiger befriedigende Sicherer eine Ersatzforderung gegen den anderen habe, gehe dessen Sicherungsrecht nach §§ 412, 401, 1153, 1250 auf ihn über [190]. Das scheint mir nicht richtig zu sein. Die §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 schließen die §§ 412, 401 jeweils ganz aus und leiten selbst die übrigen Sicherheiten auf den zahlenden Sicherer über, soweit er Ersatz fordern kann. Deshalb führt ihre entsprechende Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht zur Einschränkung, sondern wiederum zur völligen Ausschließung der §§ 412, 401; diese werden durch die Bestimmung ersetzt, daß der Verpfänder die Hypothek und der Grundeigentümer das Mobiliarpfandrecht nur in Höhe schuldrechtlicher Ansprüche gegen den anderen Sicherer erwirbt und behält. Zum richtigen Ergebnis führt freilich auch die andere Auffassung.

Ersatzansprüche zwischen Verpfänder und Grundstückseigentümer bestehen sicherlich dann, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart oder durch gesetzliche Sondernorm angeordnet sind. Sind die beiden aber kraft Gesetzes einander zur Ausgleichung verpflichtet? Weder der Grundstückseigentümer noch der

---

189) Ausführliche Begründung oben Seite 33 ff. und 55 f.

190) So z.B. Breit, S. 291; Sternberg, S. 556; Evers, S. 35 f.; Braun-Melchior, S. 186; Tasse, S. 39; Vahldiek, S. 35; Warneyer II zu § 1143.

Mobiliarverpfänder ist Schuldner des Gläubigers; beide müssen nur die Verwertung der verhafteten Sachen durch den Gläubiger dulden[191]. Sie sind also nicht Gesamtschuldner, auf die § 426 Abs. 1 unmittelbar Anwendung finden könnte[192]. Es gibt aber auch keinen allgemeinen Grundsatz, wonach mehrere Drittsicherer einander zum Ausgleich nach Kopfteilen (oder bei dinglicher Sicherung: nach dem Wertverhältnis der verpfändeten Sachen) verpflichtet sind oder wonach der zahlende Sicherer im Zweifel die von den anderen gestellten Sicherheiten je zu einem Anteil erwirbt. Die Ausgleichslehre [193] glaubt, den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 einen solchen Grundsatz entnehmen zu können. Sie verkennt dabei, daß keine der beiden Vorschriften eine gesetzliche Ausgleichsregel enthält[194]. Lediglich für Mitbürgen ist in §§ 769, 426 Abs. 1 bestimmt, daß sie untereinander zu gleichen Teilen verpflichtet sind. Wegen des wesentlichen Unterschieds zwischen persönlicher und dinglicher Haftung sind diese Bestimmungen auf das Verhältnis Verpfänder - Grundeigentümer nicht anwendbar; das Verhältnis muß vielmehr parallel zu den Fällen gleichartiger dinglicher Mehrfachsicherung gestaltet sein: wie zwischen den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke und zwischen den Verpfändern beim Mobiliargesamtpfandrecht, so findet auch zwischen Verpfänder und Grundeigentümer eine Verteilung der Haftungslast nur statt, wenn sie eine diesbezügliche Abrede getroffen haben oder wenn das Gesetz dies im Einzelfall einmal besonders vorschreibt.

Die unter 2. aufgedeckte Gesetzeslücke muß also durch folgenden Rechtssatz geschlossen werden: "Ist eine Forderung durch Hypothek und Mobiliarpfandrecht gesichert und zahlt der Grundstückseigentümer oder der Verpfänder an den Gläubiger, so geht auf den Zahlenden die vom anderen gestellte Sicherheit nicht nach den §§ 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 412, 401, 1153, 1250 in vollem Umfang, sondern nur insoweit über, als er vom anderen auf Grund eines besonderen Rechts-

---

191) Zur Auseinandersetzung mit der Theorie der Realobligation siehe oben Seite 46 f. und 70.

192) A.A. Bendix, S. 91; Evers, S. 35 f.; Leichsering, S. 23; Oellers, S. 65 f.

193) Für einen gesetzlichen Ausgleich zwischen Grundeigentümer und Verpfänder (bei Ablehnung der Theorie der Realobligation): Koban, S. 202 f.; Forster, S. 42; Schulz, S. 70 f.; Rud. Schmidt, S. 96; Quedenfeld, S. 52 ff.; K. Weiß, S. 53; Vahldiek, S. 32 ff.; Warneyer zu § 1225 (vgl. aber II zu § 1143); Erman-Westermann 3 zu § 1143; Wolff-Raiser § 140 V 1; Westermann § 103 III 5. Auch Breit, S. 293, gibt dem gesetzlichen Ausgleich offenbar den Vorzug vor der "formalen" Lösung grundsätzlicher Regreßlosigkeit.

194) Vgl. oben Seite 16 ff. und 68 ff.

verhältnisses Ersatz fordern kann [195]; dasselbe gilt, wenn der Gläubiger sich zwangsweise aus dem Grundstück oder der Pfandsache befriedigt [196]."

4. Oben zu 2. wurde schon darauf hingewiesen, daß sich im Gesetz keine ausdrückliche, dem § 776 entsprechende Vorschrift zum Schutz des Grundstückseigentümers und des Mobiliarverpfänders findet. Bei Behandlung der Gesamthypothek und des Gesamtpfandrechts ist auch die analoge Anwendung des § 776 jeweils abgelehnt worden [197]. Im jetzigen Zusammenhang kann man nicht anders entscheiden: Der Gläubiger hat nicht nur das Recht, seine Befriedigung nach Belieben aus einer der ihm verhafteten Sachen zu suchen; er kann auch jederzeit eine dieser Sachen freigeben. Um interne Ausgleichsvereinbarungen, die zwischen Grundeigentümer und Verpfänder möglicherweise bestehen, braucht er sich dabei nicht zu kümmern.

5. Die gefundene Lösung soll nun an Hand einiger Beispiele erläutert werden. Dabei soll auch auf Besonderheiten eingegangen werden, die sich ergeben, wenn einer der Sicherer zugleich persönlicher Schuldner ist.

a) Der zu A II 3 gebrachte Beispielsfall, daß zur Sicherung der Forderung des G gegen S von 10 000 DM A wertvollen Schmuck verpfändet, B an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt hat, ist wie folgt zu entscheiden: Ist S zahlungsunfähig und befriedigt A den G, um seinen Schmuck nicht zu verlieren, so erwirbt er nach § 1225 S. 1 die Forderung gegen S und mit ihr nach §§ 412, 401, 1250 das Pfandrecht an seinen Schmuckstücken, das jedoch nach § 1256 erlischt. Die Hypothek am Grundstück des B geht entsprechend § 1173 Abs. 1 ebenfalls unter, wenn zwischen A und B nichts vereinbart ist. Zahlt B, so bleibt die mit der Forderung gegen S auf ihn übergehende Hypothek zwar als Eigentümerhypothek bestehen (§ 1177 Abs. 2), auch er tritt jedoch nicht in das Pfandrecht an den Sachen des B ein. - Bestand zwischen A und B die Abrede, einen etwaigen Schaden gleichmäßig zu verteilen, so kann der 10 000 DM an G leistende B von A 5000 DM ersetzt verlangen. In dieser Höhe geht auch das Pfandrecht am Schmuck des A auf B über. B kann also von G Herausgabe des Schmucks fordern, § 1251

---

195) Im Ergebnis ebenso Sternberg, S. 556; Merländer, S. 53 f.; Braun-Melchior, S. 196; Muermann, S. 37; Tasse, S. 39; Planck-Strecker 3 d zu § 1143; Planck-Flad 2 c δ, RGRK-Kregel 2, je zu § 1225. Auch Breit, S. 292 f., hält diese Lösung für möglich, zieht ihr S. 293 aber offenbar die Annahme eines gesetzlichen Ausgleichs vor.

196) Denn die §§ 1181 Abs. 2, 1182 enthalten denselben Rechtsgedanken wie die §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2; vgl. auch oben Seite 86 f.

197) Oben Seite 60 ff. und 80 f.

Abs. 1. Tilgt A den Ausgleichsanspruch des B, so geht das Pfandrecht am Schmuck wegen seiner Abhängigkeit vom Ausgleichsanspruch unter. A erwirbt die Hauptforderung gegen S zur Hälfte; dagegen tritt er nicht in die noch mit der Hauptforderung verbundene Hypothek am Grundstück des B ein, denn er hat gegen diesen ja keinen weiteren Ersatzanspruch mehr. Soweit die Hypothek danach von der Hauptforderung getrennt wird, erlischt sie [198]; im übrigen bleibt sie zur Sicherung der Restforderung des B gegen S bestehen. - Bringt der Gläubiger das Grundstück zur Versteigerung oder die Pfandsache zum Verkauf, so ergibt sich gegenüber der Einlösungszahlung des Grundeigentümers bzw. des Verpfänders nur insofern eine Besonderheit, als der in Anspruch genommene Sicherer das von ihm selbst bestellte Sicherungsrecht nicht als Nebenrecht der Hauptforderung erwerben kann, weil es untergegangen ist, §§ 1181 Abs. 1, 1242 Abs. 2. - G könnte die Hypothek am Grundstück des B auch noch geltend machen, wenn er zuvor dem A seinen Schmuck zurückgegeben und dadurch (§ 1253 Abs. 1) das Mobiliarpfandrecht zum Erlöschen gebracht hätte. Befriedigt B den G unter diesen Umständen, so erlangt er zwar auf Grund seiner Vereinbarung mit A einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch, jedoch ohne dingliche Sicherung.

b) Bei Gesamthypothek und Mobiliargesamtpfandrecht richtete sich der Eintritt des zahlenden Drittsicherers in die von einem anderen gestellte Sicherheit auch dann nach den §§ 1173, 1225 S. 2, wenn der andere Sicherer zugleich persönlicher Schuldner war [199]. Deshalb wird man auch beim Nebeneinander von Hypothek und Mobiliarpfandrecht im entsprechenden Fall den Grundsatz der §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 heranziehen müssen.

Beispiel: Ist die Forderung des G gegen S durch eine Hypothek am Grundstück des S und durch ein Pfandrecht am PKW des E gesichert und befriedigt E den G, so geht dessen Forderung gegen S auf E über, § 1225 S. 1. Unabhängig von einem besonderen Rechtsverhältnis zwischen E und S kann E also kraft gesetzlicher Sondernorm von S vollen Ersatz verlangen und erwirbt dementsprechend auch die Hypothek am Grundstück des S. Die Hypothek ist zu einer einzigen Forderung, die Hauptforderung und Ersatzforderung zugleich ist, akzessorisch [200].

---

198) Dafür, daß die Hypothek insoweit nicht als Eigentümergrundschuld in der Hand des B bleibt, sondern untergeht, spricht die Tatsache, daß im Parallelfall der Gesamthypothek § 1173 Abs. 1 eingreift.

199) Siehe oben Seite 58 f. und 78 f.

200) Diese Konstruktion ist besonders deshalb zweckmäßig, weil sie die Lösung des Falles, daß der Schuldner das belastete Grundstück an einen Dritten veräußert, erleichtert.

Dagegen kann - mit nur einer Ausnahme bei der Gesamthypothek [201], zu der wohl keine Analogie möglich ist, - der zahlende Sicherer von anderen begründete Nebenrechte der Hauptforderung nur dann erwerben, wenn die Hauptforderung selbst auf ihn übergeht. Dadurch ist ein Eintritt des persönlichen Schuldners in solche Nebenrechte von vornherein ausgeschlossen. Befriedigt im obigen Beispielsfall nicht E, sondern S den G, so erlischt die Hauptforderung und mit ihr nach § 1252 auch das Pfandrecht, das für S schon aus diesem Grunde verloren ist. - Besteht für die Forderung des G gegen S neben einem Pfandrecht an beweglichen Sachen des S noch eine Hypothek am Grundstück des E und leistet S auf Forderung und Mobiliarpfandrecht, so erlöschen beide, §§ 362, 1252. In die Hypothek am Grundstück des E kann S nach dem Gesagten selbst dann nicht eintreten, wenn er ausnahmsweise einen Ersatzanspruch gegen E hat. Die Hypothek geht vielmehr nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 als Eigentümergrundschuld auf E über (auch § 1173 Abs. 1 kann keine entsprechende Anwendung finden!).

6. Betrachten wir nun zum Schluß die Fälle, in denen Grundstückseigentümer und Hypothekenbesteller oder (bzw. und) Verpfänder und Pfandeigentümer nicht identisch sind.

a) Sind Mobiliarverpfänder und Pfandeigentümer verschiedene Personen, so hat jeder von ihnen das Recht, den Gläubiger zu befriedigen, der Verpfänder nach § 1223 Abs. 2, der Eigentümer nach § 1249 S. 1. Jeder erwirbt durch seine Zahlung an den Gläubiger dessen Forderung gegen den persönlichen Schuldner, §§ 1225 S. 1, 1249 S. 2, 268 Abs. 3, und mit ihr nach §§ 412, 401, 1250 das Mobiliarpfandrecht (vgl. aber § 1256); hat er einen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer, so geht in dessen Höhe entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 auch die Hypothek auf ihn über.

Die §§ 1142, 1143 stellen auf den Grundstückseigentümer als solchen ab, gewähren ihm also das Befriedigungs- und Eintrittsrecht, gleichgültig, ob er daneben Hypothekenbesteller ist oder nicht. Daß auch der Hypothekenbesteller, der nie Eigentümer war oder nicht mehr Eigentümer ist, analog §§ 1142 f., 1223 ff. diese Rechte hat, wurde bei der Gesamthypothek [202] bereits betont.

b) Befriedigt der Grundstückseigentümer (um einen der zur Einlösungszahlung Berechtigten herauszugreifen) den Gläubiger, so geht das Mobiliarpfandrecht in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruches auf ihn über, auch wenn dieser sich nicht gegen den jetzigen Pfandeigentümer, sondern gegen dessen Rechtsvorgänger im Eigentum oder den Nur-Verpfänder richtet.

---

201) Vgl. oben Seite 59. 202) Oben Seite 62 f.

Beispiele: Für die Forderung des G gegen S hat A sein Grundstück mit einer Hypothek belastet, B eine wertvolle bewegliche Sache verpfändet; A und B haben anteiligen Ausgleich vereinbart. Später hat B seine Sache an C veräußert. Leistet nun A an G, so erwirbt er (außer der Hauptforderung und der Hypothek am eigenen Grundstück) in Höhe des Ausgleichsanspruches gegen B das Pfandrecht an der jetzt dem C gehörenden Sache. Hierbei ist wiederum der dem § 1173 Abs. 2 zugrundeliegende Gedanke maßgebend, daß ein Sicherer die Haftung seiner Sicherheit für die künftige Ersatzforderung eines anderen Sicherers nicht durch Veräußerung der Sicherheit soll vereiteln können. - Hatte die Pfandsache von Anfang an dem C gehört, hatte aber der Entleiher B sie ohne Zustimmung des C verpfändet (§ 1207) und dabei eine Ausgleichsvereinbarung mit A getroffen, so tritt der zahlende A in Höhe des Ausgleichsanspruchs gegen B in das Pfandrecht ein. C muß die Ausgleichsabrede ebenso gegen sich gelten lassen wie die Verpfändung seiner Sache durch B.

In gleicher Weise erlangt der den Gläubiger befriedigende Hypothekenbesteller das Mobiliarpfandrecht, wenn ihm der jetzige Pfandeigentümer, dessen Rechtsvorgänger oder der Verpfänder zum Ersatz verpflichtet ist. Und entsprechendes gilt natürlich auch für den Eintritt des Mobiliarverpfänders oder des Pfandeigentümers in die Hypothek: diesen eröffnet nicht nur ein Ersatzanspruch gegen den jetzigen Grundstückseigentümer, sondern auch ein solcher gegen den früheren Eigentümer oder gegen den Hypothekenbesteller.

Zusammenfassung: Auch beim Zusammentreffen von Hypothek und Mobiliarpfandrecht geht auf den zahlenden Sicherer die vom anderen gestellte Sicherheit nicht nach §§ 412, 401 in vollem Umfang, sondern entsprechend dem in den §§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken nur insoweit über, als er vom Eigentümer dieser Sicherheit, dem früheren Eigentümer oder dem Besteller Ersatz fordern kann. Eine gesetzliche Ausgleichspflicht zwischen den Sicherern besteht nicht.

II. SICHERUNG EINER FORDERUNG DURCH BÜRGSCHAFT UND MOBILIARPFANDRECHT

1. Ist für eine Forderung eine Bürgschaft und ein Mobiliarpfandrecht bestellt, so handelt es sich um ein Nebeneinander mehrerer Sicherungsrechte; denn wenn schon

beim Zusammentreffen von Hypothek und Mobiliarpfandrecht, also bei mehreren dinglichen Sicherheiten, kein einheitliches Pfandrecht angenommen werden konnte, so können eine persönliche und eine dingliche Sicherheit zusammen erst recht kein einheitliches Sicherungsrecht bilden.

Natürlich liegt überhaupt nur dann eine Mehrfachsicherung vor, wenn Bürgschaft und Pfand für dieselbe Forderung, genauer: für denselben Forderungsteil, bestellt sind. Hat z.B. A sich für die ganze Forderung des Gläubigers von 1000 DM verbürgt, B seine Sache dagegen nur für einen Teilbetrag von 500 DM verpfändet, besteht bloß für diesen Teilbetrag (im Zweifel für die letzten 500 DM [203]) eine doppelte Sicherung.

Andererseits wird man für alle Fälle einer Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Pfandrecht in der Frage der Verteilung der Haftungslast eine einheitliche Lösung finden müssen: Wie die §§ 769, 774 Abs. 2, 776, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 - die einzigen Vorschriften, in denen von einer Mehrfachsicherung die Rede ist - zeigen, darf das Ergebnis nicht davon abhängen, ob Bürge und Verpfänder ihre Sicherheiten gemeinschaftlich oder unabhängig voneinander bestellt haben; auch die Reihenfolge der Bestellung darf keine Rolle spielen. Das Argument, man müsse einem der Sicherer, etwa dem Bürgen, deshalb den Eintritt in die Sicherheit des anderen gewähren, weil er die eigene Sicherheit gerade im Vertrauen auf diese Rückgriffsmöglichkeit gestellt habe [204], ist damit von vornherein ausgeschlossen.

Im folgenden soll der Einfachheit halber zunächst wieder davon ausgegangen werden, daß der Verpfänder zugleich Pfandeigentümer ist und daß er dem Gläubiger nicht persönlich schuldet [205].

2. Wie ist das Nebeneinander von Bürgschaft und Pfandrecht für dieselbe Forderung im Gesetz geregelt ?

---

203) Dem Gläubiger ist ja an einem möglichst weitgehenden Schutz gelegen; vgl. oben Seite 12.

204) So z.B. Strohal, DJZ 1903, 375; IherJ 61, 78 ff.; Koban, S. 209; Lueg S. 33.

205) Ich halte es nicht für glücklich, mit Strohal IherJ 61, 68 ff., zuerst die Fälle zu behandeln, in denen der dingliche Sicherer mit dem persönlichen Schuldner identisch oder dessen Rechtsnachfolger ist. Dadurch wird nur der Blick für die typische Interessenlage bei mehreren Drittsicherern getrübt.

Dem Gläubiger gegenüber ist der Bürge zu einer Leistung verpflichtet, für deren Erfüllung er mit seinem ganzen Vermögen einstehen muß; der Verpfänder hat lediglich zu dulden, daß der Gläubiger sich aus der Pfandsache befriedigt. Im Gegensatz zum Verpfänder hat der Bürge die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff.). Hat er jedoch auf diese Einrede verzichtet oder ist der Hauptschuldner ausgeklagt, so kann der Gläubiger sich nach Belieben an den Bürgen halten oder das Pfand verwerten, und zwar darf er die Pfandsache bis zu dem Augenblick zum Verkauf bringen, in dem er (von Hauptschuldner, Bürge oder Verpfänder) voll befriedigt wird; für eine Anwendung des § 1230 S. 2 ist hier kein Raum, es sei denn, daß mehrere Sachen verpfändet sind.

Der Hauptschuldner ist im Verhältnis zu den beiden Sicherern regelmäßig allein zur Tragung der Schuldlast verpflichtet. Deshalb läßt das Gesetz die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sowohl auf den zahlenden Bürgen, als auch auf den Verpfänder, der freiwillig an den Gläubiger leistet (vgl. die §§ 1223 Abs. 2, 1224) oder die ihm gehörende Sache durch Pfandverkauf verliert [206], übergehen, §§ 774 Abs. 1, 1225 S. 1, und gibt ihnen so eine Anspruchsgrundlage gegen den Hauptschuldner, die von besonderen Rechtsbeziehungen zu diesem unabhängig ist.

Die Lösung, die sich für die Verteilung der Last zwischen dem Bürgen und dem Verpfänder aus dem Gesetz ableiten läßt, ist schon bei den Einführungsbeispielen umrissen worden[207]. Dort wurde stillschweigend vorausgesetzt, daß für das Verhältnis der beiden Sicherer zueinander keine Sondernorm besteht. Das ist indessen nicht immer unbestritten gewesen. Früher wurde mehrfach die Ansicht vertreten, die Verweisung des § 1225 S. 2 auf § 774 Abs. 2 beziehe sich auch oder allein auf das Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandrecht[208].

---

206) Siehe dazu oben Seite 66.

207) Oben Seite 8 f.

208) Nach Ansicht von Abrahamsohn, S. 11 ff., beziehen sich die §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 nur auf das Verhältnis des zahlenden Verpfänders zum Bürgen (vgl. auch Note 123); dagegen soll der leistende Bürge vollen Rückgriff auf das Pfand haben (S. 34 ff.). Wandel, S. 34 ff., meint, Gesetzeswortlaut und Ergebnis sprächen für die Anwendung des § 1225 S. 2 auch auf die Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Pfandrecht; er läßt die Frage offen, weil bei Unanwendbarkeit dieser Vorschrift der in den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 enthaltene Rechtsgedanke zum gleichen Ergebnis führen müsse. Auch diejenigen, die die Verweisung des § 1225 S. 2 auf § 774 Abs. 2 für ein Redaktionsversehen halten (s. Note 122), gehen bei ihren Überlegungen vom Verhältnis Bürge - Verpfänder aus. - Wie hier u.a. Martinius, S. 543; Sell-

Völlig zu Recht ist diese Ansicht jedoch überwiegend abgelehnt worden, weil sie mit Wortsinn und Systemzusammenhang des Gesetzes unvereinbar ist: Den Mitbürgen des § 774 Abs. 2 entsprechen im Mobiliarpfandrecht die mehreren Verpfänder beim Gesamtpfandrecht; hätte der Gesetzgeber über den Bereich des Mobiliarpfandrechts hinausgreifen und das Zusammentreffen des Pfandrechts mit einer Bürgschaft regeln wollen, so hätte er dies klar zum Ausdruck bringen müssen. Eine derartige ausdrückliche Vorschrift gibt es aber nicht.

Da die Hauptforderung jeweils kraft Gesetzes auf den zahlenden Sicherer [209] übergeleitet wird (§§ 774 Abs. 1, 1225 S. 1) müßte dieser nach den §§ 412, 401 auch in das vom anderen bestellte Sicherungsrecht in vollem Umfang eintreten; er könnte sich also am anderen Sicherer schadlos halten. Dabei hätte es auch sein Bewenden; denn die Bürgschaft erlischt bei einer Zahlung des Bürgen nach § 362, und ebenso geht das Pfandrecht gemäß § 1256 regelmäßig unter, wenn es dem zahlenden Verpfänder nach den §§ 1225 S. 1, 412, 401, 1250 zufällt; infolgedessen könnte der aus seiner Sicherheit vom anderen Sicherer in Anspruch Genommene nie mehr die Sicherheit des anderen erwerben und mit ihrer Hilfe die Haftungslast zurückwälzen [210]. Nur in den Ausnahmefällen des § 1256 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2, in denen das auf den Eigentümer übergegangene Pfandrecht bestehen bleibt bzw. als fortbestehend gilt, könnte der Bürge durch Befriedigung des in die Bürgschaft subrogierten Verpfänders das Pfandrecht erwerben und sich so Lastenfreiheit verschaffen [211]. Der Verpfänder könnte dies nicht dadurch verhindern, daß

---

ner, S. 477; Barkhausen, S. 38 f.; Evers, S. 19.

209) Dem freiwillig zahlenden Verpfänder steht der Verpfänder gleich, der seine Sache durch Pfandverkauf verloren hat, §§ 1247, 1225 S. 1; s. Note 206. - Durch den Pfandverkauf ist das Pfandrecht erloschen, so daß es auf den vom Verpfänder in Anspruch genommenen Bürgen nicht mehr übergehen könnte; dasselbe Ergebnis also, wie bei freiwilliger Zahlung des Verpfänders im Regelfall des § 1256 Abs. 1 S. 1. Wegen dieser Übereinstimmung braucht die Alternative des Pfandverkaufs im folgenden nicht immer besonders erwähnt zu werden.

210) Ausführlicher oben Seite 8 f.

211) Zu Unrecht glaubt Dorst, S. 88 ff., dem Bürgen nütze der Übergang des Pfandrechts hier nichts, weil er es nach § 774 Abs. 1 S. 2 nicht zum Nachteil des Verpfänders als des bisherigen Gläubigers geltend machen dürfe. - Richte sich das übergegangene Recht gerade gegen den bisherigen Gläubiger, so muß zwischen seiner Stellung als Gläubiger und seiner Stellung als "Verpflichteter" unterschieden werden. Nur in der ersten Eigenschaft ist er geschützt (z.B. da: wenn ihm bei einer Teilbefriedigung sein Recht noch teilweise verbleibt), nicht in der zweiten. So auch Wüllenweber, S. 52.

er das Pfandrecht an seiner Sache aufgeben und erst dann den Bürgen in Anspruch nehmen würde, denn mit dem Verzicht des Verpfänders und neuen Gläubigers auf das Pfandrecht würde der Bürge nach § 776 fast immer frei.

3. Daß man sich mit dieser streng am Gesetzeswortlaut orientierten Lösung nicht zufriedengeben darf, ergibt sich aus dem oben zu C I. Gesagten [212]. Die Anordnung, daß der vom Gläubiger in Anspruch genommene oder sich zur Zahlung vordrängende Sicherer stets ohne Verlust davonkommen, der vom Gläubiger Geschonte oder sich mit einer freiwilligen Zahlung Zurückhaltende andererseits den ganzen Schaden tragen solle, ließe sich nicht begründen; sie wäre willkürlich. Offenbar haben die Gesetzesverfasser eine solche Bestimmung auch gar nicht treffen wollen, denn für die Gesamthypothek haben sie es ausdrücklich abgelehnt, die Prävention entscheiden zu lassen [213], und es ist nichts ersichtlich, was gerade beim Nebeneinander von Bürgschaft und Pfandrecht eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte. Ferner darf die Verteilung der Haftungslast zwischen Bürge und Verpfänder nicht davon abhängen, ob in dem betreffenden Fall das Pfandrecht beim Übergang auf den Verpfänder nach Abs. 1 S. 1 des §1256 erlischt oder nach Abs. 1 S. 2 oder Abs. 2 erhalten bleibt. Die Ausnahmen von der Regel des § 1256 Abs. 1 S. 1 haben allein den Zweck, ein Rangerhaltungsinteresse des Pfandeigentümers oder das Recht eines Dritten an der pfandgesicherten Forderung zu schützen. Man würde also den Willen des Gesetzgebers geradezu verfälschen, wenn man diese Ausnahmen (besonders den § 1256 Abs. 2) als Grundlage für eine Schlechterstellung des Pfandeigentümers gegenüber dem Bürgen benützen würde.

Der volle Eintritt des zahlenden Bürgen in das Pfandrecht und des zahlenden Verpfänders in die Bürgschaft nach den §§ 412, 401 würde also zu Ergebnissen führen, die mit den Absichten des historischen Gesetzgebers und mit dem Sinnzusammenhang des Gesetzes nicht vereinbar sind. Deshalb wird man auch beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandrecht diese Vorschriften für die Ausgleichsfrage ausschalten müssen, wie der Gesetzgeber selbst es in sämtlichen Fällen gleichartiger Mehrfachsicherung expressis verbis getan hat. Wenn er es hier nicht ebenfalls verfügt hat, so ist dies wohl darauf zurückzuführen, daß er an die Möglichkeit einer Forderungssicherung durch verschiedenartige Sicherungsrechte Dritter nicht gedacht hat. Wie bei der Mehrfachsicherung durch Hypothek und Pfand-

---

212) Sellner, S. 477, und Barkhausen, S. 31 ff., bleiben dagegen bei dieser Lösung stehen.

213) Protokolle bei Mugdan Bd. III, S. 866 f. - Gegen die aus dem Gesetzeswortlaut sich ergebende Lösung spricht auch die Überlegung, daß nach ihr der Bürge geradezu bestraft würde, wenn er von der ihm im Gegensatz zum Verpfänder zustehenden Einrede der Vorausklage Gebrauch machen würde.

recht[214], so besteht auch hier eine "verdeckte Regelungslücke" im Sinne von Larenz [215]: die allgemeine Regel der §§ 412, 401 muß für einen weiteren Sachverhalt, auf den sie nicht paßt, ausgeschlossen werden.

Diese Lücke ist "im Geiste des Gesetzes", also unter Beachtung der in ihm enthaltenen Wertungen und der an vergleichbaren Stellen verwendeten rechtstechnischen Mittel, zu schließen. Man wird demnach die vom Gesetz für die Fälle gleartiger Mehrfachsicherung gegebene Bestimmung heranziehen müssen, daß der dGläubiger befriedigende Sicherer das vom anderen bestellte Sicherungsrecht nich nach §§ 412, 401 automatisch und in vollem Umfang, sondern nur insoweit erwe ben soll, als er von dem anderen Sicherer Ersatz verlangen kann (§§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2). Gegen die Anwendung dieses Rechtsgedankens beim Zusammentreffen einer persönlichen mit einer dinglichen Sicherung bestehen umso weniger Bedenken, als das Gesetz ihn ja gleichermaßer für mehrfache persönliche und für mehrfache dingliche Sicherung ausgesprochen hat. Das Gesetz ist somit durch folgende Rechtssätze zu ergänzen: "Ist eine Forderung durch Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht gesichert, so sind die §§ 412, 401 für das Verhältnis der Sicherer zueinander ausgeschlossen. Leistet der Bürge an dGläubiger, so geht das Pfandrecht nur insoweit mit der Hauptforderung auf ihn üb als er von dem Verpfänder Ersatz fordern kann. Entsprechend erwirbt auch der Verpfänder, der freiwillig zahlt oder seine Sache durch Pfandverkauf verliert [216], die Bürgschaft nur in Höhe etwaiger Ersatzansprüche gegen den Bürgen."

Rechtstheoretisch hat man sich den "Übergang des Sicherungsrechts in Höhe der Ersatzforderung" auch hier so vorzustellen, daß die übergehende Bürgschaft, das übgehende Pfandrecht [217], die abhängige Nebenrechte der Hauptforderung sind und bleiben, zusätzlich an die Ersatzforderung angelehnt werden, also nicht nur für den Zeitpunkt des Übergangs, sondern auch in ihrem weiteren Schicksal mit dieser Forderung verknüpft werden [218]. Die so entstehende zweiseitige Akzessorietät des Sicherungsrechts führt wiederum zu einer Erleichterung, nicht zu einer Verschärfung der Haftung des Sicherers, denn fortan verliert der Gläubiger die Sicherheit nicht nur beim Erlöschen der Hauptforderung, sondern auch beim Erlöschen der Ersatzforderung; ist die Ersatzforderung einredebehaftet, so kann der Sicherer einer Realisierung der Sicherheit ebenso widersprechen, wie wenn der Schuldner eine Einrede gegen die Hauptforderung hat (§§ 768, 1211).

---

214) Vgl. oben Seite 93. 215) Siehe Note 169 (S. 85).

216) Vgl. dazu Note 209 (S. 102).

217) Auch hier findet jeweils ein wirklicher Übergang statt; es handelt sich nicht um eine Fiktion. Vgl. oben Seite 27 f. und 79.

218) Siehe im einzelnen Seite 33 ff.

Nach den gefundenen Rechtssätzen hängt die Verteilung der Haftungslast zwischen Bürge und Verpfänder davon ab, unter welchen Voraussetzungen der Zahlende vom andern Ersatz fordern kann. Da der Verpfänder dem Gläubiger nur ein dingliches Verwertungsrecht bestellt hat, ihm aber nicht persönlich schuldet, sind Bürge und Verpfänder nicht Gesamtschuldner; § 426 Abs. 1 kann keine direkte Anwendung finden [219]. Eine Analogie zu den §§ 769, 426 Abs. 1 ist ebenfalls nicht möglich. Die Interessenlage beim Zusammentreffen einer persönlichen mit einer dinglichen Sicherung stimmt nicht mit derjenigen bei mehrfacher persönlicher Sicherung, sondern mit derjenigen bei mehrfacher dinglicher Sicherung überein; alle Gesichtspunkte, die dort gegen eine gesetzliche Ausgleichungspflicht sprachen, kehren hier wieder: der Verpfänder wollte gerade keine persönliche Verpflichtung eingehen, das Eigentum an der Pfandsache kann wechseln, und wegen der Beschränkung der Haftung des Verpfänders auf die Pfandsache gibt es keinen angemessenen Verteilungsmaßstab [220]. Schließlich besteht auch kein allgemeiner Grundsatz, daß mehrere Drittsicherer einander im Zweifel zum Ausgleich verpflichtet sind[221]. Nur für Mitbürgen, also für eine Mehrheit persönlicher Sicherer, ist in §§ 769, 426 Abs. 1 bestimmt, daß sie anteilig zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen und dem etwa allein in Anspruch Genommenen ihren Kopfteil zu ersetzen haben. Dagegen enthalten die §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2, auf die die Ausgleichslehre sich stützt, nur eine negative "Ausgleichs"-Vorschrift (die §§ 412, 401 sind für die Ausgleichsfrage unanwendbar!) und eine Ausgestaltung anderweitig begründeter Ersatzansprüche, keine

---

219) Auseinandersetzung mit der Theorie der Realobligation oben S. 46 f. u. 70. Auf ihrer Grundlage wenden Bendix, S. 91 ff., Cohn, S. 412 f., Evers, S. 42, Leichsering, S. 42 f., und Oellers, S. 73 ff., auch hier den § 426 Abs. 1 an. Rud. Schmidt, S. 97, und Wandel, S. 47 f. (allerdings nur als Eventuallösung), die sich nicht auf den Boden dieser Theorie stellen, halten eine direkte Anwendung des § 426 Abs. 1 ebenfalls für möglich. Auch Heck, SachenR § 105 III, spricht von einem "Sonderfall der passiven Gesamtschuld".

220) Vgl. im einzelnen oben Seite 50 ff.

221) Oder daß der zahlende Sicherer beim Fehlen besonderer schuldrechtlicher Ansprüche in die von anderen gestellten Sicherheiten je zu einem Anteil eintritt. - A.A. die Vertreter der Ausgleichslehre, die diesen Grundsatz auch im Verhältnis Bürge - Verpfänder heranziehen wollen: Breit, S. 293 f.; Schulz, S. 67 f.; Förster, S. 39; Wandel, S. 37 f. (vgl. aber Noten 208 und 219); Forster, S. 44; Vahldiek, S. 47 f.; K. Weiß, S. 59 f.; Windscheid-Kipp Bd. II, S. 1106 f.; Kohler, S. 428 f.; Düringer-Hachenburg-Werner 45 zu § 349 HBG; Siméon-David Bd. I/1 § 76,

positive Verteilungsregel [222]. - Somit können Ersatzansprüche zwischen den beiden Sicherern nur auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung oder auf einer gesetzlichen Sondervorschrift beruhen.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß im Zweifel weder der in Anspruch genommene Bürge den Verpfänder, noch der Verpfänder, der den Gläubiger befriedigt oder seine Sache durch Pfandverkauf einbüßt, den Bürgen zur Tragung des Schadens (mit) heranziehen kann [223].

6; Leonhard Bd. II, S. 326; Staudinger-Kober 2 zu § 1225; Wolff-Raiser § 165 II; Westermann § 129 IV 2; Esser § 98, 4 II; Hedemann, SachenR, S. 349. - Eingehende Auseinandersetzung mit der Ausgleichslehre oben S. 68 ff.

222) Siehe S. 16 ff. und 68 ff. - Nicht stichhaltig ist der von Sternberg, S. 557, und Muermann, S. 37 f., gegen die Ausgleichslehre vorgebrachte Gedanke, wenn das Gesetz nicht einmal zwischen Hauptschuldner und Bürge, die beide persönlich hafteten, ein Gesamtschuldverhältnis anerkenne, dann könne ein solches zwischen dem Bürgen und einem dinglichen Sicherer erst recht nicht bestehen. Dagegen überzeugend Rud. Schmidt, S. 100; Oellers, S. 76; Tasse, S. 55.

223) Im Ergebnis ebenso Haase, S. 41 ff., der allerdings keine zweiseitige Akzessorietät des übergehenden Sicherungsrechts, sondern eine gesetzliche Forderungsauswechslung annimmt (s. dazu oben S. 36 ff.). Seine Beweisführung ist deshalb nicht überzeugend, weil sie nicht immer logisch richtig ist und auf einer eigenwilligen und schiefen Auslegung der gesetzlichen Vorschriften für die Fälle gleichartiger Mehrfachsicherung (vgl. z.B. Noten 20, 68, 82, 151) beruht. Auch Breit, S. 292 f., hält die hier vertretene Lösung für möglich (aber nur als Alternative zum gesetzlichen Ausgleich, S. 293 f., dem er offenbar den Vorzug gibt). Er versucht sogar nachzuweisen, daß eine nicht vom persönlichen Schuldner selbst gestellte akzessorische Sicherheit bei einer cessio legis nach den §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1150, 1225, 1249, 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2 stets nur dann auf den Zessionar mit übergeht, wenn er vom Drittsicherer Ersatz fordern kann. Dieser Versuch ist nicht geglückt (der Nachweis konnte auch gar nicht gelingen, weil ein so weitgehender Ausschluß der §§ 412, 401 nicht im Sinne des Gesetzes liegt; vgl. z.B. oben Seite 85 f.):

Breit bringt fast nur Beispiele, in denen die Beteiligten durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung den gesetzlichen Übergang der Nebenrechte mit der Hauptforderung ganz oder teilweise ausgeschlossen haben; zu diesen Beispielen sei nur nebenbei bemerkt, daß Breit mit der Annahme von Dispositionsmöglichkeiten (vgl. dazu Note 181) und von stillschweigenden Vereinbarungen der Beteiligten viel zu weit geht und daß der S. 289 an-

4. Demgegenüber glaubt die wohl immer noch herrschende Lehre [224], es liege in der Natur der Sache, daß im Verhältnis Bürge - Drittverpfänder stets den letzteren die Last der Schuld treffe. Dem trage das BGB Rechnung, indem es dem zahlenden Bürgen vollen Rückgriff gegen den Verpfänder, dem zahlenden Verpfänder dagegen keinen Rückgriff gegen den Bürgen gewähre.

---

geführte Fall neben der Sache liegt (die übergehende Forderung wäre keinesfalls durch die Bürgschaft gesichert). Damit läßt sich natürlich nicht nachweisen, daß die §§ 412, 401 auch dort nicht zu voller Anwendung kommen dürfen, wo Abreden fehlen. Dieser Nachweis gelingt Breit, abgesehen von den Formen gleichartiger Mehrfachsicherung, nur in einem Falle: beim Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht (S. 287 f.). Aber weshalb dort der Satz gelten soll, daß auf den Zahlenden das vom andern bestellte Sicherungsrecht nur in Höhe etwaiger Ersatzansprüche übergeht, bleibt dunkel. Gegen Breit auch Tacken, S. 16 ff.; Förster, S. 11 f.; Sternberg, S. 561; Dorst, S. 40, 92 f.; Leichsering, S. 27 ff.; Braun-Melchoir, S. 186; Vahldiek, S. 29 ff.

224) Strohal, DJZ 1903, 373 ff.; ders., IherJ 61, 59 ff.; Martinius, S. 543; Boethke, S. 859; Koban, S. 210 ff.; Lueg, S. 31 f.; Lippmann, S. 180 ff.; Sternberg, S. 560 ff.; Happek, S. 71 ff.; Schneider, S. 33 ff.; Dorst, S. 90 f.; Wüllenweber, S. 46 ff.; Merländer, S. 55 ff.; Braun-Melchior, S. 200 ff.; Tasse, S. 66 ff.; Muermann, S. 41 f.; Oertmann, JW 1932, 200; Dernburg-Raape, SchuldR 2. Abt. § 289 II 1 Anm. 8; Cosack-Mitteis Bd. II, S. 356; Enneccerus-Lehmann § 194 I 3; Larenz, SchuldR II § 58 III, S. 287 f.; Baur § 55 III a; Planck-Oegg 2 c, RGRK-Fischer 14, Palandt-Gramm 2 g, Staudinger-Brändl 20, Soergel-Erdsiek-Mühl 12, alle zu § 774; Planck-Flad 2 g γ, Biermann 1 b δ, Warneyer bei Anm. 6, RGRK-Kregel 3, Palandt-Hoche 2 d, Soergel-Augustin 8, Erman-Ronke 3, sämtl. zu § 1225. - Zu Unrecht berufen sich einige Vertreter der h. L. für ihre Meinung auf RGZ 75, 271. Einmal ging es in dieser Entscheidung nicht um Ausgleichsfragen, sondern darum, ob die Bürgschaftserklärung wegen Irrtums angefochten werden kann, wenn sich eine Forderungsverpfändung für die Hauptforderung, die der Bürge bei der Verbürgung für gültig hielt, später als unwirksam erweist. Außerdem hatte nicht ein Dritter, sondern der der Hauptschuldner selbst die Forderung (freilich unwirksam) verpfändet.

a) Strohal, der Begründer dieser Lehre, macht darauf aufmerksam[225], daß das BGB wie jedes Gesetz ein Produkt der historischen Entwicklung sei und daß es deshalb notwendig sei, sich in die Gedankenwelt hineinzuversetzen, aus der heraus das Gesetz entstanden sei. Strohal und manche seiner Anhänger sind nun der Ansicht, es führe eine einheitliche Entwicklungslinie vom Altertum bis zum BGB hin: in allen hochentwickelten Rechten habe der Bürge gegenüber dinglichen Sicherern der Hauptforderung das bessere Recht gehabt.

aa) Strohal und Muermann [226] weisen unter Berufung auf Partsch, E. Weiß und Mitteis zunächst darauf hin, daß im altgriechischen Recht bei einem Nebeneinander von Bürgschafts- und Sachhaftung der Bürge grundsätzlich nur insoweit in Anspruch genommen werden konnte, als der Gläubiger Befriedigung aus dem Pfand nicht zu erlangen vermochte.

Diese Heranziehung des altgriechischen Rechts für die Frage der Verteilung der Haftungslast zwischen Bürge und Verpfänder ist aus zwei Gründen unfruchtbar. Einmal ist in den Abhandlungen über das altgriechische Recht nirgends von einem Fall die Rede, in dem nicht der Hauptschuldner, sondern ein Dritter das Pfandrecht bestellt hatte; Partsch [227] beschränkt seine Untersuchungen sogar ausdrücklich auf die Sachverhalte, daß der Schuldner selbst für die gegen ihn gerichtete Forderung und daß der Bürge zur Sicherung der Bürgschaftsforderung ein Pfandrecht bestellt hat. Daß der zahlende Bürge vom Schuldner vollen Ersatz verlangen kann und in ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht eintritt, ist im deutschen Recht unbestritten [228] und so selbstverständlich, daß eine rechtsgeschichtliche Untermauerung unnötig ist. Über das Zusammentreffen mehrerer Drittsicherungen, um die es hier wie in den Arbeiten von Strohal und Muermann geht, sagen die bisher ausgewerteten altgriechischen Rechtsquellen aber gerade nicht unmittelbar etwas. Unterstellt man andererseits, daß ein von einem Dritten gestelltes Pfand - falls solche Fälle überhaupt vorkamen - die gleiche Wirkung hatte wie ein vom Schuldner hingegebenes Pfand, die Wirkung nämlich, daß der Gläubiger durch die Annahme bekundete, er wolle seinen Anspruch auf das Pfand an die Stelle der persönlichen Forderung treten lassen [229], so ist eine Parallele zum deutschen Recht überhaupt nicht möglich: Der Drittbesteller des Pfandrechts trat dann ja an die Stelle des Schuldners, übernahm die Schuld auf das Pfand, so daß es sich um gar keine Forderungssicherung wie beim Mobiliarpfandrecht des BGB handelte.

---

225) IherJ 61, 67

226) Strohal, IherJ 61, 66; Muermann, S. 13 ff.

227) Griech. BürgschaftsR, S. 257 ff.

228) Siehe dazu unten Seite 132.

229) Muermann, S. 14, mit Nachweisen.

bb) Zahlreiche Vertreter der h.M. [230] sehen den Rechtszustand, der sich ihrer Ansicht nach aus dem BGB ergibt, im klassisch-römischen Recht vorgezeichnet. Für dieses ist unbestritten, daß der den Gläubiger befriedigende Bürge mit Hilfe des beneficium cedendarum actionum die Abtretung der Gläubigerrechte gegen den Hauptschuldner, gegen Mitbürgen und auf für die Hauptforderung bestellte Pfandrechte fordern konnte (D.46.1.17., 36., 41.; D.46.6.12.). Unstreitig ist ferner, daß Mitbürgen durch eine derartige Abtretung das beneficium divisionis, das sie seit der Epistola divi Hadriani dem Gläubiger gegenüber hatten, nicht verloren , so daß der in die Gläubigerrechte eingetretene Bürge von jedem Mitbürgen nur einen Kopfteil der Schuldsumme verlangen konnte. Was die Übertragung der für die Forderung bestellten Pfandrechte auf den zahlenden Bürgen betrifft, so schließt man aus C.8.40(41).2., 11. und 21., daß der Bürge die Pfänder stets in vollem Umfang für sich verwerten konnte. Weiter folgert man aus diesen Stellen des Codex, daß der zahlende Drittverpfänder, der ebenfalls das beneficium cedendarum actionum hatte (vgl. D.20.4. 19.), die an ihn abgetretenen Rechte aus einer Bürgschaft nicht mit Erfolg geltend machen konnte. Die l.2.C.8.40(41)., die im Mittelpunkt der Diskussion steht, hat folgenden Wortlaut: "Idem (Imp. Severus et Antoninus) A.A.Plotio (207): Creditori, qui pro eodem debito pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. Quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre."

Ich vermag der h.L., die in dieser Quellenstelle den Ausdruck einer ganz generellen Bevorzugung des Bürgen gegenüber dem Verpfänder sieht, nicht zu folgen. Es ist sicher richtig, daß der leistende Bürge vom Gläubiger die volle Abtretung der für die Hauptforderung bestehenden Pfandrechte verlangen konnte, gleichgültig, ob diese vom Hauptschuldner oder von einem Dritten bestellt waren. Es ist auch unzweifelhaft, daß der Bürge die vom Hauptschuldner gestellten Pfänder - um solche handelte es sich wahrscheinlich auch im Falle des C.8.40(41).2. - verwerten und sich aus ihrem Erlös befriedigen durfte. Ob er aber auch das Pfandrecht an Sachen, die ein Dritter für die Hauptforderung verpfändet hatte, in vollem Umfang geltend machen konnte, das scheint mir nicht erwiesen zu sein. Man nimmt heute überwiegend an, daß die Sachen eines Drittverpfänders von einem anderen nach Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte eingetretenen Drittverpfänder nicht in vollem Umfang, sondern nur anteilig zum Ersatz herangezogen werden konnten [231]. Deshalb halte ich es auch für möglich, daß der

---

230) So Koban, S.131.ff.; Strohal, IherJ 61, 65; Merländer, S.10 ff.; Tasse, S.42; Muermann, S.17 ff. Gleicher Ansicht zum römischen Recht Abrahamsohn, S. 1 f.; Barkhausen, S.30; Quedenfeld, S. 5 ff.; K. Weiß, S. 15 ff.

231) Vgl. Dernburg, Röm.PfandR Bd.II, S.366 f.; Koban, S.136 f.; Bark-

Drittverpfänder der vollen Inanspruchnahme seiner Sachen durch den in die Gläubigerposition eingerückten Bürgen (anders als bei ihrer Inanspruchnahme durch den ursprünglichen Gläubiger!) mit einer Art beneficium divisionis widersprechen konnte. Im umgekehrten Falle müßte der Verpfänder dann ebenfalls das Recht gehabt haben, die auf ihn übertragene Bürgschaftsforderung pro rata zu realisieren. - Mit diesen wenigen Sätzen soll keine neue Theorie zum römischen Recht aufgestellt werden. Es soll nur gezeigt werden, daß die h. M. aus den Quellenstellen mehr herausliest, als sie bei objektiver Betrachtung enthalten.

Selbst wenn aber das klassisch-römische Recht dem Drittverpfänder im Verhältnis zum Bürgen wirklich die ganze Last der Schuld auferlegt hätte, so würde von dort doch keine ununterbrochene Entwicklungslinie zum BGB hinführen. Denn im justinianischen Recht wurde der Drittbesitzer einer Pfandsache, gleichgültig, ob er oder der Schuldner das Pfandrecht bestellt hatte, gegenüber dem Bürgen bevorzugt. In der Novelle 4 wurde bestimmt, daß der Gläubiger sich zunächst an den Hauptschuldner, dann an den Bürgen (cap. 1) halten müsse und erst in letzter Linie das im Besitz des Dritten befindliche Pfand (cap. 2) zu seiner Befriedigung heranziehen könne. Sorgte der Dritte trotzdem für die Befriedigung des Gläubigers, so konnte er wohl den ganzen Schaden auf den Bürgen abwälzen, während umgekehrt der zahlende Bürge sich sicherlich nicht vollen Ersatz, vermutlich überhaupt keinen Ersatz aus dem Pfande verschaffen konnte[232]. Natürlich kann man diese Entscheidung auf das BGB, das vom Faustpfandprinzip ausgeht und kein beneficium excussionis des dritten Pfandeigentümers kennt, nicht übertragen. Die Novelle 4 zeigt aber jedenfalls, daß die Besserstellung des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder für die hochentwickelten Rechte des Altertums nicht selbstverständlich war[233].

cc) Strohal, Tasse und Muermann[234] berufen sich weiter darauf, daß im altdeutschen Recht die Bürgenhaftung im Verhältnis zu einer daneben noch bestehenden Sachhaftung grundsätzlich nur subsidiär gewesen sei. Der Bürge habe vom Gläubiger allenfalls dann in Anspruch genommen werden können, wenn der Gläubiger ihm das Recht auf ein für die Forderung haftendes Pfand eingeräumt habe. Als Beleg dafür zitiert Muermann die Glosse zu Art. 114 des Sächsischen Weichbildrechtes: "Hette ouch eyner phant unde burgen miteynander gesazt, do mag der gloubir dy borgen nicht beclagen, her antwerte en denne das phant, die zu dem phante gelabet haben."

---

hausen, S. 11ff.; Tasse, S. 21; Quedenfeld, S. 6 f.

232) Strohal, DJZ 1903, 375; ders. IherJ 61, 65 f.; Koban, S. 138; Abrahamsohn, S. 1 f.; Barkhausen, S. 30; Merländer, S. 17; Tasse, S. 43; Muermann, S. 21; Quedenfeld, S. 8.

233) So auch Quedenfeld aaO.

234) Strohal IherJ 61, 67; Tasse, S. 44; Muermann, S. 26. Ebenso K. Weiß

Dazu ist fast dasselbe zu sagen wie zu der Heranziehung des altgriechischen Rechts durch die h.L.: Keiner der Schriftsteller, auf deren Untersuchungen Strohal, Tasse und Muermann aufbauen - Puntschart, O. Gierke, v. Schwindt und Stobbe-Lehmann [235] - kann von einer Quellenstelle berichten, in der vom Nebeneinander eines Bürgen und eines dinglichen Drittsicherers die Rede ist. Über diesen hier allein interessierenden Fall kann also mit letzter Sicherheit nichts gesagt werden [236]. Stellte der Schuldner ein Pfand, so schloß das seine persönliche Haftung zunächst überhaupt aus [237]. Mißt man der Pfandbestellung durch einen Dritten die gleiche Bedeutung zu, dann kommt man auch im altdeutschen Recht zu dem Ergebnis, daß der Drittverpfänder die Haftung für die Schuld auf seine Pfandsache übernahm, ein Vorgang, der viel eher mit der privativen Schuldübernahme als mit der Bestellung eines Mobiliarpfandrechts nach dem BGB verglichen werden kann. Selbst wenn die Vermutung von Strohal, Tasse und Muermann, daß die Bürgenhaftung auch gegenüber der Haftung der Pfandsache eines Dritten subsidiär war, also richtig wäre, könnte man daraus doch keine Schlüsse auf das BGB mit seinen andersgearteten Rechtsinstituten ziehen.

dd) Wenn Strohal schließlich das preußische Allgemeine Landrecht in seine rechtshistorische Argumentation einbezieht [238], so kann auch das nicht ohne Widerspruch hingenommen werden. Die §§ 292 ff. von Teil I Titel 14 ALR, nach denen der Bürge einer pfandgesicherten Forderung erst belangt werden konnte, wenn der Gläubiger das Pfand verwertet hatte, waren eine Ausgestaltung der Einrede der Vorausklage und bezogen sich wie die §§ 772 Abs. 2, 773 Abs. 2 BGB wohl nur auf vom Hauptschuldner selbst gestellte Pfänder. Weiter bestimmte zwar der § 338 aaO., daß der Bürge auch ohne ausdrückliche Zession in alle Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner eintreten solle, sobald er den Gläubiger befriedigt habe, und eine entsprechende Bestimmung zugunsten des zahlenden oder seiner Sache verlustig gehenden Drittverpfänders fehlte. Die h.M. neigte aber dazu, unter anderen gerade auch diese Vorschrift des Bürgschaftsrechts auf den vom Schuldner verschiedenen Drittverpfänder analog anzuwenden [239]; eine Bevorzugung des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder kann ihr also nicht entommen wer-

---

S. 21 ff.

235) Stobbe-Lehmann sind bei Muermann übrigens falsch zitiert. Entweder muß es heißen: Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. III, S. 310 f. Anm. 18 oder: Stobbe-Lehmann, Handbuch ... Bd. III, 3. Aufl. (1898), S. 367 Anm. 19.

236) Darauf weist auch Quedenfeld, S. 9 f., hin.

237) Quedenfeld, S. 9 f., unter Hinweis auf Puntschart, S. 395.

238) IherJ 61, 67 Anm. 17.

239) Vgl. Förster-Eccius, Preuß. PrivatR Bd. III, S. 471 Anm. 20; ferner Quedenfeld, S. 11.

den. Die Frage, ob und inwieweit der Bürge auf das von einem Dritten gestellte Pfand zurückgreifen könne und ob umgekehrt der Drittverpfänder vom Bürgen Ersatz fordern könne, ist in der Literatur zum ALR nicht behandelt worden[240].

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Für keines der alten Rechte ist der Nachweis erbracht, daß der Drittverpfänder im Verhältnis zu dem für dieselbe Forderung eingetretenen Bürgen die ganze Last der Schuld zu tragen hatte. Außerdem hatte das Pfandrecht im altgriechischen und altdeutschen Recht eine ganz andere Funktion als im heute geltenden deutschen Recht, so daß einem derartigen Nachweis für diese Rechte ohnehin kein großes Gewicht beizumessen wäre. Aus der Rechtsgeschichte kann also nicht abgeleitet werden, daß der Bürge dem Verpfänder gegenüber notwendig das bessere Recht haben müsse.

b) Nach Ansicht von Strohal, Tasse und Muermann [241] muß bei Auslegung des BGB berücksichtigt werden, daß auch in allen übrigen westeuropäischen Rechten der Gegenwart die Vorzugsstellung des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder verankert sei, so im französischen, im österreichischen und im schweizerischen Recht. Ist dieses Argument stichhaltig ? Prüfen wir, welche einschlägigen Gesetzesvorschriften die genannten Rechte enthalten und wie sie von der heimischen Rechtslehre ausgelegt werden.

aa) Im französischen Recht bestimmt Art. 1251 Ziff. 3 Cc, daß jeder kraft Gesetzes in die Gläubigerrechte subrogiert wird, der ein Interesse an der Bezahlung einer fremden Schuld hatte, für die er haftete. Danach gehen die Forderung und die für sie bestehenden akzessorischen Nebenrechte - unter anderen Bürgschaften, Hypotheken und Mobiliarpfandrechte - sowohl auf den zahlenden Bürgen als auch auf den dritten Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks oder der mit einem Pfandrecht belasteten beweglichen Sache, aus dessen Vermögen der Gläubiger befriedigt wird, über. Haben sich mehrere Personen für dieselbe Schuld verbürgt und tilgt eine von ihnen diese Schuld, so kann sie nach Art. 2033 Cc von jeder der anderen einen Kopfteil ersetzt verlangen, vorausgesetzt, daß bestimmte, in Art. 2032 Cc im einzelnen aufgezählte Umstände vorlagen, angesichts derer die Begleichung der Schuld durch den Bürgen notwendig war oder doch ang

---

240) Wolff-Raiser § 140 Anm. 19.

241) Strohal, IherJ 61, 67 Anm. 17, 80 Anm. 35, 85; Tasse, S. 46 ff., 58; Muermann, S. 43 f. Rechtsvergleichende Hinweise auch bei Merländer S. 61; Oellers, S. 67 f.; Quedenfeld, S. 62 ff.; Koban, S. 207 ff.; Wolff-Raiser § 140 Anm. 19.

bracht erscheint. Dieser interne Ausgleichsanspruch des zahlenden Bürgen begrenzt auch seinen Anspruch gegen den einzelnen Mitbürgen aus der Subrogation [242]. Nach Art. 2037 Cc wird der Bürge frei, wenn seine Subrogation in die Rechte, Hypotheken und Privilegien des Gläubigers sich infolge einer Handlung desselben nicht mehr vollziehen kann.

In den französischen Lehrbüchern wird die Ausgleichsfrage beim Zusammentreffen einer persönlichen mit einer dinglichen Drittsicherung stets an Hand des Beispiels dargestellt, daß für dieselbe Schuld eine Bürgschaft und eine Hypothek am Grundstück eines Dritten bestehen. Die Entscheidung über die Verteilung der Haftungslast hänge, so wird gesagt, davon ab, ob der Dritte das mit der Hypothek belastete Grundstück erst nach der Bestellung der Bürgschaft vom Hauptschuldner erworben oder ob er selbst sein Grundstück zur Sicherung der fremden Schuld mit einer Hypothek belastet habe (bzw. das Grundstück von einem Dritten erworben habe, auf den diese Voraussetzung zutreffe). Im ersten Fall müsse der Bürge vollen Rückgriff auf das Grundstück haben, als ob dieses noch dem Schuldner gehöre, denn die Position des Bürgen dürfe durch die nachträgliche Veraußerung des Grundstücks nicht verschlechtert werden. Außerdem habe der Dritterwerber einen Fehler begangen, wenn er das Grundstück gekauft und den Preis dafür bezahlt habe, ohne es im Wege der Purgation nach Art. 2181 ff. Cc von der Belastung zu befreien; deshalb sei es gerechtfertigt, ihn dem Bürgen zu opfern, der keine solche Unklugheit begangen habe und den Eigentümerwechsel nicht habe verhindern können. Folgerichtig dürfe man dem vom Gläubiger in Anspruch genommenen Dritterwerber keinen Regreß gegen den Bürgen geben, obwohl ihm nach dem Wortlaut des Art. 1251 Ziff. 3 Cc an sich ein solcher zustehe.

Habe dagegen ein Dritter für die ihm fremde Schuld an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt, so handle es sich um eine "caution réelle", um eine Realbürgschaft, denn die Stellung des Dritten sei der eines Bürgen sehr ähnlich. Deshalb sei es unmöglich, ihn dem Personalbürgen zu opfern, zumal er ja im Gegensatz zum Dritterwerber nicht die Möglichkeit gehabt habe, ein Purgationsverfahren in Gang zu setzen. Da man auch den Personalbürgen nicht dem dritten Hypothekenbesteller opfern könne, bleibe nur eine Lösung: beide gleich zu behandeln und die Schuld entsprechend dem Art. 2033 Cc unter ihnen aufzuteilen [243]. Allerdings müsse man berücksichtigen, daß die Verpflichtung des Realbürgen auf den

---

242) Mazeaud Bd. III Nr. 44; Aubry-Rau-Esmein Bd. VI § 428 (S. 293 f.); Planiol-Ripert-Gabolde Bd. VII Nr. 1236; Planiol-Ripert-Savatier Bd. XI Nr. 1544; Beudant Bd. XIII Nr. 125.

243) Mazeaud Bd. III Nr. 45; Ripert-Boulanger Bd. II Nr. 1909 ff.; Aubry-

Wert seines Grundstücks begrenzt sei. Deshalb könne der Rückgriffsanspruch des Personalbürgen gegen ihn die Hälfte des Grundstückswertes nicht übersteigen[244].

Abgesehen davon, daß bewegliche Sachen niemals durch ein Purgationsverfahren von Belastungen befreit werden können, gelten diese Überlegungen auch für das Zusammentreffen der Personalbürgschaft mit einem Mobiliarpfandrecht. In Art. 2077 Cc ist klargestellt, daß ein Dritter für den Schuldner ein Pfand bestellen kann. Dann handelt es sich wieder um eine "caution réelle" [245], bei deren Konkurrenz mit der caution personnelle Art. 2033 Cc entsprechend anzuwenden ist. Andererseits hat der Bürge einem Dritten gegenüber, der die vom Schuldner verpfändete Sache nach der Bürgschaftsbestellung erworben hat, in jedem Falle das bessere Recht.

Der Art. 2037 Cc, der dem § 776 BGB entspricht, wird demnach nicht als Grundlage einer generellen Bevorzugung des Bürgen gegenüber dem dinglichen Drittsicherer angesehen, sondern im Gegenteil auch zugunsten der cautions réelles angewandt.

bb) Eine dem Art. 1251 Ziff. 3 Cc entsprechende Vorschrift enthält das österreichische ABGB in § 1358: "Wer eine fremde Schuld bezahlt, für die e persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler all vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel auszuliefern." Danach gehen die Gläubigerrechte gleichermaßen auf den zahlenden Bürgen und auf den zahlen den dinglichen Drittsicherer über. Der Eintritt des Bürgen in die Rechte gegen Mitbürgen ist durch § 1359 ABGB, wonach Mitbürgen einander wie Mitschuldner zu gleichen Teilen verpflichtet sind, ausdrücklich beschränkt. Besteht für dieselbe Forderung eine Bürgschaft und eine dingliche Sicherheit, so hat nach übereinstimmender Auffassung der österreichischen Rechtslehre der zahlende Bürge vollen Rückgriff auf die verhafteten Grundstücke oder Mobilien, auch wenn ein Dritter sie bestellt hatte, der zahlende dingliche Drittsicherer dagegen keinerlei Rückgri

---

Rau-Bartin Bd. IV § 321, 4d bis f (S. 289 ff.); Planiol-Ripert-Savatier Bd. XI Nr. 1545 f.; Beudant Bd. XIII Nr. 125 f. - Die Ansicht von Troplong, der Pfandeigentümer müsse den Schaden immer erst in letzter Linie tragen, und die Meinung von Laurent, der beim Zusammentreffen v caution personnelle und caution réelle dem zuerst Zahlenden jeweils vollen Rückgriff gewähren wollte, werden heute offenbar nicht mehr vertreten.

244) Ripert-Boulanger Bd. II Nr. 1912 am Ende; Aubry-Rau-Bartin Bd. § 321, 4 f; Planiol-Ripert-Gabolde Bd. XI Nr. 1546 am Ende; Beudant Bd. XIII Nr. 125 am Ende.

245) Planiol-Ripert-Becqué Bd. XII Nr. 76.

gegen den Bürgen [246]. Diese Lösung ist besonders deshalb überraschend, weil im österreichischen Recht, anders als bei der Gesamthypothek des BGB, zwischen den Eigentümern der mit einer Simultanhypothek belasteten Grundstücke eine gesetzliche Ausgleichspflicht angenommen wird [247], so daß es nicht allzu fern gelegen hätte, den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß mehrere Drittsicherer derselben Forderung einander zum Ausgleich verpflichtet sind. Die Begründung, die für die Bevorzugung des Bürgen gegeben wird, ist recht mager: Die Bürgschaft sichere nicht das Rückgriffsrecht des Drittverpfänders, sondern Hypothek und Pfandrecht sicherten umgekehrt das Rückgriffsrecht des Bürgen. Im übrigen wird auf die Arbeit von Koban verwiesen.

Koban [248] stellt in den Mittelpunkt seiner Argumentation den § 1360 ABGB, der folgenden Wortlaut hat: "Wenn dem Gläubiger vor oder bei Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner, oder einem Dritten ein Pfand gegeben wird; so steht ihm zwar noch immer frei, den Bürgen der Ordnung nach (§ 1355) zu belangen; aber er ist nicht befugt, zu dessen Nachteil sich des Pfandes zu begeben." Durch diese Gesetzesstelle solle, so meint Koban, dem Bürgen der Rückgriff gegen vor oder bei der Verbürgung bestellte Pfänder und Hypotheken gesichert werden. In weiterem Sinne dürfe man daraus den Willen des Gesetzes entnehmen, daß im internen Verhältnis die ganze Haftungslast vor dem Bürgen auf die Pfänder fallen solle. Dann müsse aber aus § 1360 als der spezielleren Norm der § 1358 dahin ergänzt werden, daß der in die Gläubigerrechte subrogierte Eigentümer solcher Pfänder keine Ersatzansprüche gegen den Bürgen erheben dürfe. Darüber hinaus müsse man dem Pfandeigentümer den Rückgriff selbst dann versagen, wenn das Pfand nach der Bürgschaft bestellt sei; denn das Gesetz habe doch an mehreren Stellen - Koban nennt die §§ 1355 ff., die außer der grundsätzlichen Subsidiarität der Bürgenhaftung gegenüber der Haftung des Hauptschuldners nichts in dieser Richtung enthalten, und § 1360 - zu erkennen gegeben, daß die Haftungslast den Bürgen erst in letzter Linie treffen solle.

---

246) Klang Bd. VI, Erl. VI 1 zu § 1358 ABGB; Mayr Bd. I § 290 Anm. 17; Bd. II § 334, 5; Ehrenzweig Bd. II/1 § 311 III; Bd. I/2 § 288 V.

247) Diese wird auf § 222 Executionsordnung gestützt, wenn eines der Grundstücke versteigert worden ist, andernfalls auf den § 896 ABGB, der den Ausgleich zwischen Mitschuldnern regelt; vgl. Mayr Bd. I § 284, 4; Ehrenzweig Bd. I/2 § 288 III.

248) S. 206 ff.

Damit hat Koban lediglich den Gedankengang Strohals zum BGB [249], dem er in seinen eigenen Ausführungen zum deutschen Recht[250] voll und ganz beipflichtet, in die Sprache des österreichischen ABGB übersetzt. Die Auslegung des § 1360 ABGB durch die Koban folgende österreichsiche Rechtslehre fußt mithin auf der Ansicht Strohals und kann deshalb nicht als selbständiges Beweismittel für die Richtigkeit dieser Ansicht herangezogen werden: Erweist sich Strohals Beweisführung zum deutschen Recht als unzutreffend, so steht auch die österreichische Anschauung auf tönernen Füßen.

cc) Zum schweizerischen Recht ist vorweg zu bemerken, daß das Bürgschaftsrecht durch Bundesgesetz vom 10.12.1941 revidiert worden ist und daß dabei gerade auch die hier interessierenden Vorschriften geändert worden sind. Daher sind die Stellungnahmen zum schweizerischen Recht in den in Note 241 zitierten Abhandlungen durch die Rechtsentwicklung überholt [251].

Das neue schweizerische Bürgschaftsrecht bestimmt in Art. 507 Abs. 1 OR, daß auf den Bürgen in demselben Maße, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte übergehen. Aber auch auf den Dritteigentümer einer für fremde Schuld verpfändeten (beweglichen oder unbeweglichen) Sache werden die Gläubigerrechte durch Art. 110 Ziff. 1 OR kraft Gesetzes übertragen, wenn er durch eine Leistung an den Gläubiger die verpfändete Sache einlöst. Für den dritten Grundstückseigentümer wird dieses Eintrittsrecht in Art. 827 ZGB wiederholt.

Im Gegensatz zum deutschen, französischen und österreichischen Recht enthält das schweizerische Recht nun aber besondere Vorschriften darüber, inwieweit der zahlende Bürge auf die von Dritten für die Hauptforderung bestellten Pfänder und den Dritteigentümer, der an den Gläubiger leistet oder dessen Sache vom Gläubiger verwertet wird, auf Bürgen der Pfandforderung zurückgreifen kann. Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 des Art. 507 OR lauten nämlich: "Von den für die verbürgte Forderung haftenden Pfändern und anderen Sicherheiten gehen aber, soweit nichts anderes vereinbart ist, nur diejenigen auf ihn (den Bürgen) über, die bei Eingehung der Bürgschaft vorhanden waren oder die vom Hauptschuldner nachträglich eigens für diese Forderung bestellt worden sind. ... Wird ein für eine verbürgte Forderung bestelltes Pfand in Anspruch genommen, oder bezahlt der Pfandeigentümer freiwillig, so kann der Pfandeigentümer auf den Bürgen hierfür nur Rückgriff nehmen, wenn dies zwischen dem Pfandbesteller und dem Bürgen so vereinbart oder

---

249) Siehe unten Seite 119 f.

250) S. 210 ff.

251) Angaben zum alten Recht bei Oser-Schönenberger im Berner Kommentar, Erl. 55 zu Art. 507 OR, Erl. 12 zu Art. 110 OR.

das Pfand von einem Dritten nachträglich bestellt worden ist." Durch diese Bestimmung wird der den §§ 412, 401 BGB entsprechende Art. 170 OR für das Verhältnis Bürge - Drittverpfänder ausgeschlossen. An seine Stelle tritt die Regel, daß der Zahlende im Zweifel die vom andern gestellte Sicherheit für sich in Anspruch nehmen kann, wenn sie älter ist als seine eigene Sicherheit, dann aber auch in vollem Umfang. Anders als im deutschen Recht[252] kann sich nach schweizerischem Recht also jeder, der sich verbürgt oder seine Sache für fremde Schuld verpfändet, darauf verlassen, daß er einen etwaigen Schaden auf die im Zeitpunkt seiner Verbürgung oder Pfandbestellung bereits vorhandenen Pfänder bzw. Bürgen abwälzen kann [253].

Auch das schweizerische Recht kennt eine dem § 776 BGB entsprechende Bestimmung, den Art. 503 Abs. 1 OR: "Vermindert der Gläubiger zum Nachteil des Bürgen bei der Eingehung der Bürgschaft vorhandene oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangte und eigens für die verbürgte Forderung bestimmte Pfandrechte oder anderweitige Sicherheiten und Vorzugsrechte, so verringert sich die Haftung des Bürgen um einen dieser Verminderung entsprechenden Betrag, soweit nicht nachgewiesen ist, daß der Schaden weniger hoch ist." Obwohl es eine gleichartige Ersatzvorschrift zugunsten des ersatzberechtigten Drittverpfänders nicht gibt, kann angesichts des klaren Wortlauts des Art. 507 Abs. 2, 4, dem Art. 503 Abs. 1 offenbar angepaßt ist, niemand auf den Gedanken kommen, mit dieser letzteren Vorschrift sei bezüglich der Tragung der Haftungslast eine ganz generelle Bevorzugung des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder ausgesprochen. Eine solche Bevorzugung kann man auch den Art. 495 Abs. 2 und 496 Abs. 2 OR nicht entnehmen, nach denen der in Anspruch genommene einfache Bürge verlangen kann, der Gläubiger möge sich zuerst an die für die Forderung haftenden Pfänder halten, und der (selbstschuldnerische) Solidarbürge den Gläubiger wenigstens auf die Faust- und Forderungspfandrechte verweisen kann. Wie die schweizerische Rechtslehre diese Bestimmungen mit Art. 507 Abs. 2, 4 in Einklang bringt, habe ich nicht herausfinden können. Entweder muß sie annehmen, die Art. 495 Abs. 2, 496 Abs. 2 bezögen sich wie die §§ 772 Abs. 2, 773 Abs. 2 BGB nur auf die vom Schuldner selbst bestellten Pfandrechte oder doch jedenfalls nicht auf die nach Eingehung der Bürgschaft von Dritten eingeräumten Pfandrechte, oder sie muß, wenn sie dem Bürgen auch im letzten Falle ein beneficium excussionis realis zugesteht, zulassen, daß der Drittverpfänder den Schaden sofort auf den Bürgen weiterwälzen kann, eine nicht gerade elegante Lösung.

---

252) Vgl. oben S. 100.

253) Vgl. Oser-Schönenberger 37 f., 55 f. zu Art. 507 OR, 12 zu Art. 110 OR (zum alten Rechtszustand); Guhl § 57 III (S. 533).

Festzuhalten ist, daß das schweizerische Recht weder dem einen Drittsicherer im Verhältnis zum anderen ganz allgemein die Last der Schuld auferlegt, noch einen gesetzlichen Ausgleich vorsieht, noch die Prävention der Zahlung über die Verteilung der Haftungslast zwischen Bürge und Verpfänder entscheiden läßt, sondern auf die Reihenfolge der Begründung der Sicherungsrechte abstellt.

Da, abgesehen von Österreich, wo die Gedankengänge Strohals von der Rechtslehre recht unkritisch übernommen wurden, keines der von den Vertretern der h. L. angeführten Rechte eine durchgehende Bevorzugung des Bürgen gegenüber dem dinglichen Sicherer kennt, kann aus der Rechtsvergleichung ebensowenig wie aus der Rechtsgeschichte ein Argument dafür gewonnen werden, daß es die sachgerechteste Lösung sei, dem Drittverpfänder im Verhältnis zum Bürgen die ganze Last der Schuld aufzuerlegen. Freilich hat sich auch in keinem der anderen Rechte die oben aus dem BGB abgeleitete Entscheidung gefunden, daß im Zweifel keine von beiden auf den anderen zurückgreifen kann . Aber wenn schon das französische, das österreichische und das schweizerische Recht die Ausgleichsfrage beim Zusammentreffen von Bürge und Drittverpfänder jeweils verschieden beantworten, so darf es nicht wundernehmen, wenn auch das BGB eine eigenständige Antwort gibt und in diesem Punkt mit keinem der anderen Rechte übereinstimmt [254].

---

254) Wenn Strohal, IherJ 61, 100 Anm. 68 meint, die von Breit vorgeschlagene Lösung, dem zahlenden Drittsicherer grundsätzlich keine Rückgriffsansprüche gegen den anderen zu geben, zeige mit bemerkenswerter Deutlichkeit, wohin man sich bei vollständiger Ignorierung der historischen Entwicklung der Rechtssätze verirren könne, so ist ihm zu erwidern: Weder läßt die Rechtsgeschichte im Hinblick auf die Streitfrage eine einheitliche Entwicklungslinie erkennen, noch ist diese Frage vom französischen, österreichischen und schweizerischen Recht, die alle etwa in derselben Rechtstradition stehen wie das deutsche Recht, gleich entschieden worden. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung geben für die Lösung der Frage im deutschen Recht also gerade nichts her. - Es ist gewiß notwendig, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei der Auslegung des BGB mit zu berücksichtigen. Eine derartige Ausweitung des Gesichtskreises ist aber nur dann sinnvoll, wenn man an die geschichtlichen Rechtsquellen und an die ausländischen Gesetzestexte behutsam und unvoreingenommen herangeht; dagegen führt sie zu einem Selbstbetrug, wenn man in jene Quellen einfach das hineinliest, was man ihnen gerne entnehmen möchte.

c) Gerade aus dem BGB glaubt die h. L. indessen die Vorzugsstellung des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder ableiten zu können. Wie kommt sie zu diesem Ergebnis ? Ihre sämtlichen Anhänger messen dem § 776 entscheidende Bedeutung bei. Sie bringen diese Bestimmung jedoch auf ganz verschiedenen Wegen ins Spiel. Diese verschiedenen Lösungsversuche sollen nun dargestellt und kritisch beleuchtet werden.

aa) In seinem Aufsatz in der DJZ 1903, S. 373 ff. hat Strohal als erster das bessere Recht des Bürgen verfochten und zur Begründung ausgeführt: Durch § 774 sei dem Bürgen für den Fall, daß er sich zur Befriedigung des Gläubigers veranlaßt sehe, das Einrücken in das volle Recht des Gläubigers garantiert, und zwar auch in dessen Pfandrecht, gleichgültig, ob es vor oder nach der Verbürgung bestellt worden sei. Gebe der Gläubiger das Pfandrecht auf, bevor er gegen den Bürgen vorgehe, so werde der Bürge nach § 776 insoweit frei, als er aus dem Pfandrecht hätte Ersatz erlangen können. Diesen Bestimmungen sei der Grundsatz zu entnehmen, daß der den Gläubiger befriedigende Bürge die Last der Schuld auf das Pfand abwälzen könne, soweit dessen Wert es zulasse[255]. Dann könne aber davon, daß im umgekehrten Falle einerseits der Verpfänder das auf ihn nach § 1225 S. 1 übergegangene Recht des Gläubigers gegen den Bürgen mit Erfolg geltend mache und daß andererseits wegen § 1256 Abs. 1 dem Bürgen der Eintritt in das gleichfalls übergegangene Pfandrecht versagt werde, keine Rede sein. Der zahlende Verpfänder habe vielmehr nur folgende Wahl: Entweder entscheide er sich dafür, die Pfandsache als pfandfreie zu behalten, bzw. über sie als pfandfreie zu verfügen. Dann bleibe es dabei, daß das Pfandrecht infolge der Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person erloschen sei. Hieran müsse sich aber zugleich die Folge knüpfen, daß die Möglichkeit, das Gläubigerrecht gegen den Bürgen geltend zu machen, insoweit entfalle, als der Bürge im Falle des ihm durch die §§ 774, 776 gewährleisteten Eintritts in das Pfandrecht hätte Befriedigung erlangen können. Ziehe der Verpfänder dagegen die Inanspruchnahme des Bürgen in Betracht, so müsse er sich darüber im klaren sein, daß er dem Bürgen die Möglichkeit des Eintritts in das Pfandrecht offenzulassen habe. Stelle er sich auf diesen Standpunkt, so bringe er zugleich sein rechtliches Interesse am Fortbestand des auf ihn übergegangenen Pfandrechts zur Geltung; mit Rücksicht auf dieses rechtliche Interesse habe das Pfand nach § 1256 Abs. 2 als fortdauernd zu gelten[256].

---

255) Zu der von Strohal auch für das Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandrecht vertretenen Auffassung, der dingliche Drittsicherer erwerbe stets die von anderen Dritten gestellten Sicherheiten, soweit er an den Gläubiger mehr zahle, als die durch die Zahlung ausgelöste Sache wert sei, vgl. oben Seite 48 f., insbesondere Noten 89 u. 91 über die Anhänger und Gegner dieser Auffassung.

256) Ebenso Martinius, S. 543; Boethke, S. 859; Koban, S. 210 ff.; Lueg,

Diese Argumentation ist schon deshalb nicht überzeugend, weil sie unklar läßt, aus welchem Grunde der in die Gläubigerrechte subrogierte Verpfänder, der die Rechte aus der Bürgschaft geltend machen will, ein rechtliches Interesse am Fortbestand des Pfandrechts (§ 1256 Abs. 2) haben soll. Das Pfandrecht würde ja alsbald auf den in Anspruch genommenen Bürgen übergehen, sein Weiterbestehen dem Verpfänder also einen Rechtsnachteil bringen. Der Verpfänder hat somit im Gegenteil ein Interesse am Untergang des Pfandrechts entsprechend der Regel des § 1256 Abs. 1 S. 1, weil dadurch dem Bürgen ein weiterer Rückgriff auf die Pfandrechte abgeschnitten wird. Strohal hat ferner nicht beachtet, daß das rechtliche Interesse, das § 1256 Abs. 2 voraussetzt, eine objektive Grundlage haben muß, also nicht allein vom Willen des Verpfänders abhängen kann. Das geht schon daraus hervor, daß die Gesetzesverfasser bei der Schaffung dieser Ausnahme vom Grundsatz des § 1256 Abs. 1 S. 1 offenbar nur an Fälle dachten, in denen nachrangige dingliche Rechte bestehen [257]. Demnach kann der § 1256 Abs. 2 keinesfalls zur Anwendung kommen [258]. Das auf den zahlenden Verpfänder übergehende Pfandrecht erlischt mithin ipso iure. Daß der Verpfänder den Bürgen dann nicht mehr in Anspruch nehmen könne, davon sagen die §§ 774, 776, auf die Strohal so großes Gewicht legt, nichts. Setzt man die volle Anwendbarkeit der §§ 412, 401 voraus, so ist die Bürgschaft nach § 1225 S. 1 ebenso vorbehaltlos auf den Verpfänder übergegangen, wie der Bürge nach § 774 Abs. 1 das Pfand erworben hätte, wenn er zuerst gezahlt hätte. Strohal betont zwar, daß die Prävention nicht entscheidend sein dürfe, und der § 776 führt seiner Meinung nach zu einer durchgehenden Bevorzugung des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder. Warum aber § 776, der unmittelbar doch nur die Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger betrifft, diese über seinen Wortlaut hinausgehende Bedeutung haben soll, das erklärt Strohal gerade nicht.

bb) Sternberg [259] ist der Auffassung, das Erlöschen des Pfandrechts infolge des Übergangs auf den zahlenden Pfandeigentümer sei der Aufgabe des Pfandrechts durch den Gläubiger gleichzustellen; der Bürge werde nach § 776 also insoweit frei, als er aus dem erloschenen Pfandrecht hätte Ersatz erlangen kön-

---

S. 31 ff.; Happek, S. 71 ff.; Schneider, S. 33 ff.

257) Vgl. Motive Bd. III, S. 842 zu § 1193 d. 1. Entw.

258) So auch Lippmann, S. 185; Abrahamsohn, S. 19 f.; Cohn, S. 413; Barkhausen, S. 33; Wandel, S. 45; Tasse, S. 69; Leichsering, S. Muermann, S. 41; Vahldiek, S. 32 Anm. 1, S. 40.

259) S. 560 ff. Ihm hat sich Merländer, S. 55 ff., angeschlossen, der aber (S. 6 die Rückgriffsmöglichkeit des Verpfänders gegen den Bürgen davon abhängig macht, daß er diesem den Eintritt nicht nur in das Pfandrecht, sondern auch in alle anderen für die Hauptforderung ursprünglich bestehenden Sicherungsrechte verschafft.

nen[260]. Diese Gleichstellung werde durch die Erwägung gerechtfertigt, daß § 776 auch anzuwenden sei, wenn der Gläubiger die Forderung an einen Mitbürgen abtrete und so dessen Haftung durch Konfusion zum Erlöschen bringe. Der Umstand, daß bei Zahlung des Verpfänders die durch das Pfand gesicherte Forderung nicht rechtsgeschäftlich, sondern kraft Gesetzes auf den Pfandeigentümer übertragen werde, könne die Anwendbarkeit des § 776 nicht ausschließen. - Nun sei zu beachten, daß das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 2 als nicht erloschen gelte, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestand habe. Ein solches Interesse müsse man aber annehmen, wenn der Verpfänder sein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen ausüben wolle, denn andernfalls erlösche mit dem Pfandrecht ja auch die Bürgschaft. Damit kommt auch Sternberg zu der Strohal'schen Wahlmöglichkeit des Verpfänders: Entweder nimmt er den Bürgen in Anspruch; dann gilt das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 2 als fortbestehend und geht auf den den Verpfänder befriedigenden Bürgen über (§§ 774 Abs. 1, 412, 401). Oder er verzichtet auf das Rückgriffsrecht; dann erlischt das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 1 S. 1 und mit ihm gemäß § 776 das Gläubigerrecht aus der Bürgschaft.

Dieses Einschwenken Sternbergs auf die Linie Strohals kommt nach der Feststellung, das Erlöschen des Pfandrechts nach § 1256 Abs. 1 habe im Rahmen des § 776 den Untergang der Bürgschaftsforderung zur Folge, mehr als überraschend. Auch Sternbergs Weg über § 1256 Abs. 2 ist nicht gangbar: Folgt man ihm, so bewirkt die Einlösungszahlung des Verpfänders (abgesehen von den Fällen des § 1256 Abs. 1 S. 2) das Erlöschen der Bürgschaftsforderung, §§ 1256 Abs. 1, 776. Entschließt sich nun der Verpfänder, die (seiner Meinung nach auf ihn übergegangenen [261]) Gläubigerrechte gegen den Bürgen geltend zu machen, so würde die einmal erloschene Bürgschaftsforderung selbst dann nicht wieder aufleben, wenn das Pfandrecht infolge der Absicht des Verpfänders nach § 1256 Abs. 2 als fortbestehend gelten würde. Aber § 1256 Abs. 2 greift hier auch gar nicht ein. Eine Willensentscheidung des Verpfänders, die noch dazu auf ein Ziel gerichtet ist, dessen Erreichung durch das Fortbestehen des Pfandrechts unmöglich gemacht würde - auf das Ziel nämlich, den Schaden auf den Bürgen abzuwälzen -, kann ein rechtliches Interesse an der Erhaltung des Pfandrechts im Sinne jener Bestimmung nicht begründen.

---

260) Diesen Gedanken hatte Strohal schon in Anm. 1 auf S. 377 angedeutet (vgl. aber Seite 122). Ebenso Soergel-Augustin 8, RGRK-Kregel 3 und Erman-Ronke 3, je zu § 1225, die den weiteren Überlegungen Sternbergs jedoch nicht folgen.

261) Weiß der Verpfänder, daß die Bürgschaftsforderung erloschen ist, so wird er nicht auf den Gedanken kommen, sie geltend zu machen.

Nun gut, wird man sagen; wenn die Zahlung des Verpfänders stets den Untergang des Pfandrechts und somit nach § 776 auch den Untergang der Bürgschaftsforderung zur Folge hat, dann fällt eben Sternbergs Umweg über § 1256 Abs. 2 weg. Dadurch wird doch aber nur sein Ergebnis unterstrichen, daß der Bürge im Verhältnis zum Verpfänder die Haftungslast keinesfalls zu tragen hat. Dem wäre natürlich zuzustimmen, wenn die Prämisse richtig wäre, daß das mit der Einlösungszahlung des Verpfänders nach §§ 1225 S. 1, 412, 401, 1250, 1256 Abs. 1 verbundene Erlöschen des Pfandrechts seiner Aufgabe durch den Gläubiger im Sinne des § 776 gleichzustellen wäre. Gerade diese Behauptung muß aber entschieden zurückgewiesen werden. Unter "Aufgeben" sind nur solche Handlungen des Gläubigers zu verstehen, durch die er auf das betreffende Sicherungsrecht verzichtet, ohne dafür Befriedigung wegen der gesicherten Forderung zu erhalten, nicht aber die Realisierung des Sicherungsrechts oder die Annahme der Einlösungszahlung des Sicherers [262]. Deshalb ist die Abtretung der Forderung an einen Mitbürgen (dabei muß es sich um eine verzichtweise Abtretung handeln, denn andernfalls würde § 774 eingreifen und der rechtsgeschäftlichen Zession den Boden entziehen) eben nicht der Zahlung des Verpfänders an den Gläubiger gleichzusetzen: im ersten Fall handelt es sich um das Aufgeben einer Sicherheit, im zweiten um die Befriedigung des Gläubigers durch einen dazu berechtigten Sicherer. Man kann auch nicht sagen, der Verpfänder als der neue Gläubiger gebe das Pfandrecht auf und löse so die Rechtsfolgen des § 776 aus [263]; der Untergang des Pfandrechts beruht nicht auf dem Willen des Verpfänders, sondern auf der gesetzlichen Vorschrift des § 1256 Abs. 1 S. 1.

cc) Strohal scheint die unmittelbare Anwendung des § 776 bei dem mit d Einlösungszahlung verbundenen Erlöschen des Pfandrechts nach § 1256 Abs. 1 nich gebilligt zu haben, denn in einer (nach der Arbeit Sternbergs erschienenen) zweiten Abhandlung in IherJ 61, S. 59 ff., in der er den dornenvollen Weg über § 1256 Abs. 2 zu vermeiden und die verbliebenen Zweifel an der Richtigkeit seines Ergebnisses zu überwinden suchte, hat er an seinem früheren Ansatz festgehalten. Er geht jetzt von dem Sachverhalt aus, daß der Schuldner selbst an seiner Sache ein Pfandrecht bestellt und dann die Sache an einen Dritten veräußert hat. Hier habe der Bürge darauf rechnen können, daß bei einer etwaigen Inanspruchnahme durch den Gläubiger sein Regreßanspruch gegen den Schuldner durch das Pfand gesichert sei. Diese Anwartschaft dürfe ihm durch die Veräußerung der Pfa sache nicht verkümmert werden. Demgemäß sei auch im Verhältnis des Bürgen

---

262) Barkhausen, S. 33 f.; Förster, S. 15, 37 f.; Wandel, S. 44 f.; Braun-Melchior, S. 202.

263) Dieser Ansicht neigt Wüllenweber, S. 51, zu. Dagegen auch Förster, S. 38.

zu dem neuen Pfandeigentümer die Last der Schuld aus der haftenden Sache zu decken. Sei die Rechtslage aber so beschaffen, so brauche man den Umweg über § 1256 Abs. 2 nicht zu gehen. Es erscheine vielmehr als das Natürlichste, daß man mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Dritterwerber die Haftung des Bürgen in Ansehung des durch den Wert der haftenden Sache gedeckten Betrages erlöschen lasse. Nicht anders stelle die Rechtslage sich aber dar, wenn von vornherein ein Dritter seine Sache für die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner verpfändet habe. Das Gesetz habe, was den Eintritt des Bürgen in die Rechte des von ihm befriedigten Gläubigers betreffe (§ 774 Abs. 1), nur hinsichtlich der Rechte gegen Mitbürgen eine Einschränkung gemacht (§ 774 Abs. 2) und dem Bürgen somit hinsichtlich eines die Hauptforderung sichernden Pfandrechts den unbeschränkten Eintritt in rechtliche Aussicht gestellt. Diese Aussicht werde durch § 776 gegen beeinträchtigende Verfügungen des Gläubigers geschützt, während eine derartige Schutzvorschrift zugunsten des belangten Verpfänders nicht bestehe. Da - wie nachgewiesen wird - ein allgemeiner Grundsatz, daß mehrere Drittsicherer einander im Zweifel zum Ausgleich verpflichtet sind, nicht bestehe und deshalb auch der den Gläubiger befriedigende Verpfänder einen derartigen Ausgleichsanspruch gegen den Bürgen nicht habe, könne man die §§ 774, 776 nur dahin auslegen, daß der leistende Bürge in das volle Recht des Gläubigers aus einer ihm bestellten Sachhaftung eintrete. Folgerichtig müsse dann der Bürge, wenn die Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder erfolge, insoweit frei werden, als die Forderung durch den Wert der haftenden Sache gedeckt war [264].

Darauf ist zu sagen: Ebenso wie das Gesetz - die volle Anwendbarkeit der §§ 412, 401 vorausgesetzt - dem Bürgen durch die §§ 774 Abs. 1, 412, 401, 1250 für den Fall seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger den Eintritt in ein für die Hauptforderung bestelltes Pfandrecht "in rechtliche Aussicht stellt", so stellt es durch die §§ 1225 S. 1, 412, 401 auch dem zahlenden Verpfänder den Eintritt in die Rechte aus einer für die Pfandforderung geleisteten Bürgschaft in rechtliche Aussicht. Es ist zwar richtig, daß der Bürge (unter den näheren Bedingungen des § 776) frei würde, wenn der Gläubiger ein für die Hauptforderung bestehendes Pfandrecht aufgeben würde, die Pfandsache dagegen verhaftet bliebe, wenn der Gläubiger einen außerdem vorhandenen Bürgen freigeben würde. Daraus kann man aber nicht schließen, daß dem Verpfänder der Rückgriff auf den Bürgen auch dann verwehrt sein soll, wenn der Gläubiger diesen nicht freigege-

---

264) Ebenso Enneccerus-Lehmann § 194 I 3; Dernburg-Raape, SchuldR 2. Abt. § 289 II 1 Anm. 8; Biermann 1b δ, Planck-Flad 2cγ, je zu § 1225. Ganz ähnlich Wüllenweber, S. 46 ff., s. aber auch Note 263.

ben hat [265]. Da § 774 Abs. 1 und § 1225 S. 1 im Gesetz völlig gleichberech tigt nebeneinander stehen, ist es einseitig und deshalb unrichtig, wenn Strohal sagt: weil das Gesetz das Pfandrecht nach §§ 774, 412, 401 in vollem Umfang auf den zahlenden Bürgen übergehen läßt, kann es nicht auf der anderen Seite den vollen Eintritt des Verpfänders in die Bürgschaft wollen. Mit dem gleichen Recht könnte man auf der Grundlage der §§ 1225 S. 1, 412, 401 umgekehrt argumentieren. Auch der Hinweis darauf, daß das Gesetz bei der Überleitung der Gläubigerrechte auf den Bürgen nur hinsichtlich der Rechte gegen Mitbürgen in § 774 Abs. 2 eine Einschränkung gemacht habe, ist nicht überzeugend. Der § 1225 hat in Satz 2 ebenfalls nur das Pfandrecht an von anderen Verpfändern ge stellten Sachen von der cessio legis auf den zahlenden Verpfänder ausdrücklich ausgenommen. Daraus ergibt sich klar, daß der Gesetzgeber in § 774 das Verhältnis des Bürgen zum Schuldner und zu Mitbürgen, in § 1225 das Verhältnis des Drittverpfänders zum Schuldner und zu den Verpfändern der anderen mit dem Gesamtpfandrecht belasteten Sachen regeln wollte, dagegen in keiner der beiden Vorschriften das Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder. Schließlich gibt auch der § 776 nicht etwa zugunsten des § 774 den Ausschlag. Es ist nicht richtig, daß wegen der Bezugnahme auf § 774 in § 776 der volle Rückgriff des Bürgen auf Pfandrechte der Hauptforderung vorausgesetzt werde. Nach § 776 wird der Bürge bei Aufgabe eines Pfandrechts durch den Gläubiger insoweit frei, als er nach § 774 aus dem Pfandrecht hätte Ersatz erlangen können. Ob er aber nach § 774 trotz des Bestehens des § 1225 S. 1 aus dem Pfandrecht vollen Ersatz hätte erlangen [266] können, das soll ja gerade erst bewiesen werden. Der § 776 sagt also selbst gar nichts zur grundsätzlichen Lastenverteilung, sondern setzt diese als geregelt voraus [267].

Der Nachweis, daß die Rechtslage bei einer Drittverpfändung für die verbürgte Forderung mit derjenigen beim Vorhandensein eines vom Schuldner gestellten und dann ins Eigentum eines Dritten übergegangenen Pfandes [268] übereinstimme

---

265) Evers, S. 40; Braun-Melchior, S. 202; Vahldiek, S. 46; K. Weiß, S. 58; Wolff-Raiser § 140 Anm. 19.

266) Mit der Formulierung: "insoweit, als er ... hätte Ersatz erlangen können" stellt § 776 ja nicht nur auf die tatsächliche, sondern auch und zuerst auf die rechtliche Möglichkeit der Ersatzerlangung ab.

267) Cohn, S. 410; Breit, S. 289 f.; Schulz, S. 66; Forster, S. 44; Leichsering, S. 19 ff.; Oellers, S. 74 f.; Haase, S. 43; Braun-Melchior S. 202; Quedenfeld, S. 48 f.; K. Weiß, S. 59; Vahldiek, S. 44, 46

268) Was den letzteren Fall betrifft, so komme ich durchaus zum gleichen Ergebnis wie Strohal; s. unten Note 291 (S. 133).

ist Strohal demnach nicht gelungen. Im übrigen irrt er, wenn er meint, dadurch, daß er die Unhaltbarkeit der Ausgleichslehre festgestellt habe, habe er auch schon die Vorzugsstellung des Bürgen bewiesen. Es besteht ja auch die Möglichkeit, daß weder der zahlende Bürge gegen den Verpfänder, noch der zahlende Verpfänder gegen den Bürgen einen gesetzlichen Rückgriff hat, und dies ist, wie oben zu 3. ausgeführt und von der h.L. bisher nicht widerlegt wurde, in der Tag die richtige Lösung.

dd) Lippmann [269] lehnt den Versuch Strohals, den § 774 gegen den § 1225 auszuspielen, ausdrücklich ab. Der Bürge sei auf ein bloßes Regreßrecht gegen den Verpfänder aber auch gar nicht angewiesen, denn nach § 776 erlange er schon mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages ein unbedingtes Recht auf die Sicherheiten der Forderung; er sei gewissermaßen solidarisch mit dem Gläubiger zu den Sicherheiten berechtigt. Der Gläubiger könne keine Sicherheit aus der Hand geben, ohne gleichzeitig die Rechte gegen den Bürgen aus der Hand zu geben. Nun spreche § 776 allerdings wörtlich nur von einer freiwilligen und wohl auch unentgeltlichen Entäußerung anderer Sicherungsrechte durch den Gläubiger. Es müsse aber auch eine Entäußerung gegen Entgelt unter § 776 begriffen werden, denn der Bürge habe ja keinerlei Ansprüche auf den etwa geleisteten Gegenwert. Und was die Freiwilligkeit betreffe, so liege der Akzent in § 776 nicht so sehr darauf, daß der Gläubiger ohne Zwang gehandelt haben müsse, als vielmehr darauf, daß ohne Genehmigung des Bürgen gehandelt worden sei. Deshalb werde der Bürge nach § 776 auch frei, wenn der Gläubiger vom Verpfänder befriedigt werde, denn wie § 1256 Abs. 1 zeige, sei dem Bürgen nach der cessio legis sein unbedingtes Recht auf das Pfand nicht mehr garantiert. Werde der Bürge aber bereits dem Gläubiger gegenüber frei, so stelle sich für ihn die Rückgriffsfrage überhaupt nicht mehr, ja ein Regreßrecht gegen den Verpfänder sei logisch gar nicht denkbar [270].

Die Ansicht Lippmanns findet im Gesetz keinerlei Stütze. Der § 776 läßt den Bürgen nicht bei jeder Verfügung frei werden, die der Gläubiger ohne Zustimmung des Bürgen über eine der anderen Sicherheiten trifft, sondern nur dann, wenn der Gläubiger eine Sicherheit "aufgibt". Daß unter "Aufgeben" dem Wortsinne nach nur eine freiwillige Verfügung des Gläubigers, durch die er nicht Befriedigung für

---

269) Seite 183 ff.

270) Diesen Gedankengängen haben sich angeschlossen: Dorst, S. 90 f. (vgl. aber S. 100 f); Tasse, S. 66 ff. (anders S. 58 beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Hypothek); Muermann, S. 41 f.; Soergel-Erdsiek, 8. Aufl., 1952, 6 c zu § 774 (während die Begründung von Erdsiek-Mühl in der 9. Aufl., Rdnr. 12, sich mehr an Strohal, IherJ 61, 59 ff. anschließt).

seine Forderung erlangt, zu verstehen ist, räumt Lippmann selbst ein, und ein Hinausgehen über den Wortsinn wäre nur im Rahmen der Rechtsfortbildung möglich, die in der von Lippmann eingeschlagenen Richtung weder notwendig noch zulässig ist [271]. Es handelt sich also gerade nicht um ein Aufgeben, wenn der Gläubiger die Einlösungszahlung des Verpfänders annimmt. Davon, daß § 776 dem Bürgen mit dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages ein unbedingtes Recht auf die für die Forderung bestellten Sicherheiten gibt, kann keine Rede sein. Weder im Gesetz selbst, noch in den Materialien zu § 766 [272] findet sich dafür der geringste Anhaltspunkt. § 776 gibt dem Bürgen überhaupt kein positives Recht, sondern läßt ihn nur insoweit frei werden, als der Gläubiger ein anderes Sicherungsrecht aufgibt, aus dem der Bürge im Falle seiner Inanspruchnahme hätte Ersatz erlangen können[273].

ee) Emilie Braun-Melchior[274] betont, daß die Lösung auf keinem der bisher besprochenen Wege zu finden ist. Ihrer Ansich nach kann man der Verweisung des § 776 auf § 774 zwar entnehmen, daß dem Bürgen gegen die dinglichen Sicherer irgendein Ausgleich gegeben sei, aber nicht, wie dieser Ausgleich beschaffen sei. Indirekt ermögliche der § 776 allerdings doch die Entscheidung, daß zwischen Bürge und Verpfänder kein anteiliger Ausgleich stattfinden könne, sondern daß der Verpfänder im Verhältnis zum Bürgen mit seinem Pfand den Verlust stets allein zu tragen habe: Gebe der Gläubiger nämlich einen von mehreren Bürgen frei, so werde dieser auch im Innenverhältnis zu seinen Mitbürgen frei, weil die Verpflichtung der Mitbürgen ja nach § 776 insoweit erlösche, als sie von dem freigegebenen Bürgen hätten Ersatz erlangen können. Sei der Gläubiger aber durch Bürgschaft und Pfand gesichert, so werde die Pfandhaftung durch eine Freigabe des Bürgen nicht berührt. Nehme man nun anteiligen Ausgleich zwischen Bü und Verpfänder an, so könne der nach Freigabe des Bürgen in Anspruch genommene Verpfänder auf den freigegebenen Bürgen zurückgreifen. Setze man dagegen voraus, daß der Verpfänder im Endergebnis stets die Last der Schuld tragen müsse, so könne der freigegebene Bürge auch vom Verpfänder nicht mehr in Anspruch genommen werden, weil dieser ohnehin keinerlei Rückgriff gegen ihn gehabt hätte. Daraus ergebe sich: Nur bei Annahme vollen Regresses (des Bürgen gegenüber dem Verpfänder) bedeute die Freigabe des Bürgen gleichmäßig bei Mitbürgschaft und

---

271) Larenz, Methodenlehre, S. 243, 303 ff. und oben Seite 16, 50 und 54. Zur Bedeutung des Begriffs "Aufgeben" s. auch oben S. 122 (m. Note 262).

272) Siehe Motive Bd. II S. 678 ff. zu § 679 d. 1. Entw.

273) Gegen Lippmann auch Abrahamsohn, S. 22; Barkhausen, S. 33 f.; Förster, S. 15 f., 38; Leichsering, S. 19 f.; Vahldiek, S. 44 ff.

274) Seite 200 ff. Sie lehnt sich mit ihrer Argumentation an Überlegungen von Strohal, IherJ 61, 85 ff., 98 f. an.

beim Zusammentreffen des Bürgen mit dinglichen Sicherern seine Befreiung auch von Regreßansprüchen der anderen Sicherer. Nur bei Annahme vollen Regresses sei es für den freigegebenen Bürgen nicht nachteilig, daß eine dem § 776 entsprechende Bestimmung zum Schutze des Drittverpfänders nicht bestehe. Nur bei Annahme vollen Regresses stelle der § 776 sich allen Fällen als Abweichung von den gewöhnlichen Gesamtschuldregeln dar [275]. Diese drei Gesichtspunkte sprächen entscheidend zugunsten des vollen Bürgenregresses gegen dingliche Sicherer. Das bedeute zugleich, daß dem Verpfänder jeder gesetzliche Regreß gegen den Bürgen versagt sei.

Auch diese Argumentation ist nicht überzeugend. Mit ihr sind diejenigen Vertreter der Ausgleichslehre nicht widerlegt, die zwischen persönlichen und dinglichen Sicherern keine schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche annehmen, sondern im Zweifel den Zahlenden in jede der anderen Sicherheiten zu einem Anteil eintreten lassen [276]. Nach der Ansicht jener Schriftsteller könnte der Verpfänder in die Rechte des freigegebenen Bürgen nicht mehr eintreten, so daß der Bürge auch im Verhältnis zum Verpfänder endgültig frei wäre [277]. Abgesehen davon sprechen die von Braun-Melchior vorgetragenen Gründe keineswegs eindeutig für eine durchgehende Bevorzugung des Bürgen. Wären sie stichhaltig, so könnte man sie ebensogut zur Unterstützung der in der vorliegenden Arbeit entwickelten Lösung vorbringen, daß weder der Bürge gegen den Verpfänder, noch der Verpfänder gegen den Bürgen gesetzliche Ausgleichsansprüche hat: auch nach dieser Lösung ist der vom Gläubiger freigegebene Bürge keinen Ansprüchen aus dem Innenverhältnis zum Verpfänder ausgesetzt. Es ist jedoch überhaupt verfehlt, wenn Braun-Melchior auf den vom Gläubiger freigegebenen Bürgen abstellt. Der freigegebene Bürge wird weder durch § 776 - er läßt den nicht freigegebenen Bürgen bei Aufgabe einer anderen Sicherheit durch den Gläubiger unter Umständen frei werden -, noch durch eine andere gesetzliche Bestimmung gegen Inanspruchnahme durch die dem Gläubiger weiter verhafteten dinglichen Sicherer geschützt [278]. Deshalb kann man m.E. einer Theorie, die den freigegebenen Bürgen vor solchen Ansprüchen bewahrt, allein aus diesem Grunde noch nicht den Vorzug vor einer Theorie geben, die ihn solchen Ansprüchen aussetzt. Die Behauptung, die Bezugnahme des § 776 auf § 774 zeige, daß der Bürge gegenüber

---

275) Weshalb diesem Umstand entscheidende Bedeutung zukommen soll, ist mir nicht klar geworden.

276) Aufzählung der Schriftsteller, die diese Ansicht vertreten, in Note 128 (S. 69).

277) Darauf weist Vahldiek, S. 42 ff., hin.

278) Es ist also unrichtig, wenn Strohal, IherJ 61, 86, behauptet, für unser Bürgschaftsrecht gelte der durchgreifende Satz, daß der vom Gläubiger befreite Bürge endgültig frei sei.

dem Verpfänder irgendeinen (gesetzlichen) Ausgleich haben müsse, entbehrt jede Grundlage. Warum soll der Schutz des Bürgen nach § 776 im Verhältnis zum Drittverpfänder nicht auf die Fälle beschränkt sein können, in denen der Bürge auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses vom Verpfänder Ersatz verlangen kann ?

ff) Zu all diesen Versuchen der h.L. ist zu sagen: Ist eine allgemeine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, so darf man sich nicht an einer "Spezialvorschrift", die eine kleine Nebenfrage regelt, festklammern, sondern man muß zunächst aus dem Zusammenspiel sämtlicher einschlägiger Vorschriften die Grundentscheidung des Gesetzes ablesen und kann dann erst die "Spezialvorschriften" in den so festgelegten Rahmen einordnen. Auf die Frage nach der Verteilung der Haftungslast zwischen Bürge und Drittverpfänder übertragen, heißt das: Jeder Ansatz, der den durch seinen Wortlaut und seine Stellung im Gesetz als Detailvorschrift gekennzeichneten § 776 in den Mittelpunkt stellt, ist methodisch verfehlt. Vielmehr muß auf Grund der §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 412, 401, 769, 774 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 [279] entschieden werden, ob der zahlende Sicherer stets vollen Regreß, stets anteiligen Regreß oder im Zweifel überhaupt keinen Regreß gegen den anderen Sicherer haben soll. Erst auf der Grundlage dieser Entscheidung kann man aus § 776 ablesen, in welchem Umfang der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger das für die gleiche Forderung haftende Pfand eines Dritten aufgibt [280].

Die Grundentscheidung muß, wie oben zu 3. gezeigt und durch die seitherigen Untersuchungen nur bestätigt wurde, dahin lauten, daß der Bürge vom Drittverpfänder nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen kann. Auch auf diesem Hintergrund gibt § 776 durchaus guten Sinn: Ist der Verpfänder ein Dritter und hat der Bürge keine Vereinbarung mit ihm getroffen, so bleibt die Haftung des Bürgen bei Freigabe des Pfandes durch den Gläubiger in vollem Umfang bestehen; war anteiliger Ausgleich vereinbart, so erlischt die Verpflichtung des Bürgen (wenn man die tatsächliche Möglichkeit der Ersatzerlangung aus dem Pfand einmal unterstellt) zur Hälfte; ist der Verpfänder zugleich persönlicher Schuldner und damit dem Bürgen in vollem Umfang ersatzpflichtig [281], so wird der Bürge ganz frei.

Daß der § 776 nicht speziell gegen die dinglichen Sicherer gerichtet sein kann,

---

279) Bei dieser Gesamtbetrachtung stößt man natürlich auch auf die §§ 1177, 1225, 765, 771 ff., 776, aber sie müssen m.E. wieder zur Seite geschoben werden, weil sie mit der Ausgleichsfrage direkt nichts zu tun haben.

280) So auch Evers, S. 40 f.; Oellers, S. 73.

281) Vgl. Seite 132.

geht schon daraus hervor, daß der Bürge nicht nur bei Aufgabe dinglicher Sicherheiten, sondern auch bei Entlassung von Mitbürgen durch den Gläubiger frei wird, soweit er aus den aufgegebenen Sicherheiten hätte Ersatz erlangen können. Der § 776 muß also eine andere "Stoßrichtung" haben. Er will den Bürgen dagegen schützen, daß der Gläubiger durch willkürliche Verfügungen Regreßmöglichkeiten des Bürgen vereitelt oder beeinträchtigt. Dieser besondere Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nötigt nicht dazu, ihn auch gegenüber dinglichen Drittsicherern zu bevorzugen.

d) Mit diesen Überlegungen sind wir schon bei einem letzten Argument, das für das bessere Recht des Bürgen gegenüber dem Verpfänder vorgebracht wird. Der Bürge, so wird gesagt, setze sich dem Zugriff des Gläubigers auf sein ganzes Vermögen aus. Deshalb verdiene er in ganz besonderem Maße den Schutz des Gesetzes, und das Rechtsinstitut der Bürgschaft könne seine Verkehrsfunktion umso besser erfüllen, je vollkommener dieser Schutz ausgestaltet sei. Dem trage das BGB in den §§ 765, 771 ff., 776 Rechnung, während dem Verpfänder ein ähnlicher gesetzlicher Schutz nicht zuteil werde. Daraus müsse man schließen, daß es dem Willen des Gesetzgebers entspreche, den Verpfänder im Verhältnis zum Bürgen die Last der Schuld allein tragen zu lassen [282].

Es soll unumwunden zugegeben werden, daß der Bürge stärker gefährdet ist als der Verpfänder: während letzterem nur der Verlust der Pfandsache, die er bereits aus der Hand gegeben hat, droht, muß der Bürge damit rechnen, daß der Gläubiger in sein ganzes Vermögen vollstreckt, falls er ihn nicht rechtzeitig befriedigen kann. Es ist auch richtig, daß das Gesetz aus diesem Grunde in den §§ 771 ff., 776 - die Funktion des § 765 erfüllt § 1205 - besondere Schutzvorschriften zugunsten des Bürgen enthält, die im Mobiliarpfandrecht kein Pendant haben. Aber eben durch diese Schutzvorschriften soll ja der Nachteil, in dem sich der Bürge gegenüber dem Verpfänder zunächst befindet, ausgeglichen werden; diese Vorschriften könnten also eher eine (sonst etwa notwendige) Bevorzugung des Bürgen in der Ausgleichsfrage überflüssig machen, als eine solche Bevorzugung gegenüber dem Verpfänder indizieren [283]. Weiter ist auch hier zu bedenken,

---

282) So Strohal, IherJ 61, 108; Wüllenweber, S. 48 f.; Merländer, S. 60 f.; Muermann, S. 42 f.; Enneccerus-Lehmann § 194 I 3.

283) Übrigens führt die Einrede der Vorausklage nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht indirekt auch in der Frage der Verteilung der Haftungslast zu einer gewissen Begünstigung des Bürgen: Solange dem Bürgen diese Einrede zusteht, kann der Gläubiger nicht auf ihn, wohl aber auf das von dem Dritten gestellte Pfand seinen Zugriff nehmen. Verwertet der Gläubiger das

daß man aus der Gewährung besonderen Schutzes im Verhältnis zum Gläubiger - also in der Richtung, aus der allein dem Bürgen besondere Gefahr droht - noch lange nicht schließen darf, der Bürge müsse auch im Verhältnis zum Verpfänder in der Weise geschützt werden, daß letzterer im Innenverhältnis stets den Schaden zu tragen habe.

Wenn schließlich gesagt wird, die Verkehrsfunktion des Instituts Bürgschaft verlange die möglichst weitgehende Freistellung des Bürgen von der Haftungslast, so kann man natürlich unter Berufung auf die Verkehrsfunktion des Pfandrechts zugunsten des Verpfänders das gleiche sagen. Ein Dritter wird sich umso eher bereitfinden, die gegen einen anderen gerichtete Forderung zu sichern - sei es durch Bürgschaft, sei es durch Pfandrecht -, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, daß der Gläubiger auf die Sicherheit zurückgreifen wird und daß er, der Sicherer, auf dem Schaden "sitzenbleibt", falls er doch in Anspruch genommen werden sollte. Für das Verhältnis Bürge - Verpfänder ergibt sich aus dieser Tatsache weder zugunsten des einen, noch zugunsten des andern etwas [284].

Keiner der Gründe, auf denen die h.L. die Vorzugsstellung des Bürgen aufbaut, h. sich als stichhaltig erwiesen. Damit muß diese Lehre in sich zusammenstürzen. Nur zur Ergänzung sei noch auf einen Gedanken von Breit [285] hingewiesen, de gegen die bereits widerlegte Ansicht spricht. Nach §§ 772 Abs. 2, 773 Abs. 2 kann der in Anspruch genommene Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dieser ein ihm zustehendes Pfandrecht an Sachen des Hauptschuldners noch nicht realisiert hat. Auf Pfänder, die von Dritten gestellt sind, kann der Bürge den Gläubiger dagegen nicht verweisen. Hätte der Drittverpfände nun im Verhältnis zum Bürgen am Ende doch stets die ganze Last der Schuld zu tragen, so wäre in der Tat nicht einzusehen, warum das Gesetz dem Bürgen nicht ein beneficium excussionis realis schlechthin gegeben hat. Eine Inanspruchnahme des Bürgen würde doch nur dessen Rückgriff auf das Pfand auslösen, und dieser Umweg über den Bürgen wäre völlig unnötig, weil dem Gläubiger die kaum mit

---

Pfand und stellt sich dann die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners heraus, so hat der Dritte den Schaden endgültig zu tragen, sofern zwischen ihm und dem Bürgen keine Ausgleichsabrede getroffen wurde.

284) Vgl. zum Schutzbedürftigkeitsargument auch Förster, S. 37; Rud. Schmidt, S. 100 f.; Quedenfeld, S. 49 f.; Vahldiek, S. 44.

285) S. 295. Ebenso Abrahamsohn, S. 20; Quedenfeld, S. 50 f. Mit der Bemerkung von Sternberg, S. 563, Braun-Melchior, S. 201 Anm. 72, und Tasse, S. 60, die §§ 772 Abs. 2, 773 Abs. 2 träfen lediglich Bestimmungen über die Einrede der Vorausklage, kann dieser Angriff Breits nicht pariert werden.

Zeitverlust und Schwierigkeiten verbundene Verwertung des in seiner Hand befindlichen Pfandes sehr wohl zuzumuten wäre.

5. Mit der Unhaltbarkeit der h. L. hat sich zugleich die oben zu 3. entwickelte Lösung endgültig als richtig erwiesen: Der zahlende Bürge tritt in das von einem Dritten bestellte Pfandrecht nur insoweit ein, als er von dem Dritten auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen kann; das Entsprechende gilt für den Drittverpfänder, der den Verkauf seines Pfandes hinnehmen oder durch eine Einlösungszahlung abwenden muß. - Niemand kann behaupten, diese Lösung sei unbillig. Wissen Bürge und Verpfänder voneinander, so können sie sich über die Tragung der Haftungslast einigen, etwa vereinbaren, daß der in Anspruch Genommene vom andern anteiligen Ausgleich soll verlangen können. Haben sie die Sicherungsrechte unabhängig voneinander bestellt und hält jeder sich für den einzigen Drittsicherer der Forderung, so ist es angemessen, den vom Gläubiger Belangten so zu behandeln, als ob die Sicherheit des andern nicht bestanden hätte. Im einzelnen kann auf das zur Gesamthypothek und zum Gesamtpfandrecht Gesagte [286] verwiesen werden.

Exerzieren wir die gefundene Lösung jetzt an dem oben A II 2 gegebenen Beispielsfall durch, daß für die Forderung des G gegen S von 10 000 DM A sich verbürgt und B ihm gehörenden wertvollen Schmuck verpfändet hat. Ist zwischen A und B nichts vereinbart und befriedigt B den G, um seinen Schmuck wiederzuerhalten, so erwirbt B nach § 1225 S. 1 die Forderung des G gegen S und das Pfandrecht am Schmuck (§§ 412, 401, 1250), das allerdings durch Konsolidation erlischt (§ 1256 Abs. 1); die Bürgschaftsforderung des G gegen A dagegen geht sofort unter. Dies gilt auch, wenn der Schmuck bei einem Verkauf nur 8000 DM eingebracht hätte und B zu seiner Einlösung die vollen 10 000 DM zahlen mußte. B mußte sich darüber klar werden, ob der Schmuck ihm persönlich die volle Schuldsumme wert war oder ob er ihn lieber verfallen lassen wollte; entschloß er sich zur Einlösungszahlung, so muß er den sich daraus ergebenden zusätzlichen nominellen Verlust selbst tragen, falls er von S keinen Ersatz erlangen kann [287]. - Leistet umgekehrt A an G, so erlischt die Bürgschaftsforderung durch Erfüllung (§ 362); die Hauptforderung geht nach § 774 Abs. 1 auf A über, aber ohne das Pfandrecht. Dieses erlischt, und zwar selbst dann, wenn der Schmuck noch mit einem nachrangigen Pfandrecht belastet ist; arg. § 1173 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs.

---

286) Siehe oben S. 53 und 76, sowie OLG Stuttgart WürttJ 29, 12.

287) A.A. Strohal, Lippmann, Sternberg und viele ihrer Anhänger; vgl. Note 255 und oben Seite 48 f.

Hatten A und B vereinbart, einen etwaigen Schaden je zur Hälfte zu tragen, und befriedigt A den G, nachdem dessen Zwangsvollstreckungsversuche bei S ergebnislos waren, so kann A von B 5000 DM ersetzt verlangen. In dieser Höhe geht entsprechend den §§ 769, 426 Abs. 2, 1173 Abs. 2, 1225 S. 2 auch das Pfandrecht am Schmuck des B auf A über, so daß er von G den Schmuck nach § 1251 Abs. 1 herausverlangen kann. Zahlt B nun 5000 DM an A (im Zweifel auf Pfandrecht und Ersatzforderung zugleich), so erwirbt er in dieser Höhe die Hauptforderung gegen S, § 1225 S. 1. Das Pfandrecht am Schmuck erlischt, aber nicht gemäß §§ 412, 401, 1250, 1256 Abs. 1, sondern deshalb, weil die Ersatzforderung getilgt ist, zu der das Pfandrecht akzessorisch war; § 1252. - Hätte anstelle der Zahlung des B der überraschend wieder zu Geld gekommene S dem A seine Aufwendungen in Höhe von 10 000 DM voll ersetzt, so wäre mit der Hauptforderung auch das an sie angelehnte Pfandrecht untergegangen. Gleichzeitig wäre freilich auch der Ausgleichsanspruch des A gegen B erloschen, so daß § 1252 selbst dann eingreifen würde, wenn das Pfandrecht jetzt allein zu diesem Anspruch akzessorisch wäre [288].

6. Es bleibt noch eine kurze Erörterung der Fälle übrig, in denen der Verpfände entweder zugleich persönlicher Schuldner oder nicht zugleich Eigentümer der Pfandsache ist. Gehen wir dabei jeweils von einem Beispiel aus.

a) Für die Forderung des G gegen S hat S eine bewegliche Sache verpfände B sich verbürgt. Nimmt G den S in Anspruch und zahlt dieser (oder befriedigt sich G aus dem Verkaufserlös der Pfandsache), so erlischt die Hauptforderung, un mit ihr erlöschen Pfandrecht und Bürgschaft, §§ 362, 767, 1252. § 1225 S. 1 fin det selbst dann keine Anwendung, wenn S ausdrücklich nur auf das Pfandrecht zahlt.

Hält G sich an B, so erwirbt dieser in Höhe seiner Leistung die Hauptforderung, § 774 Abs. 1. Kraft der cessio legis kann B von S vollen Ersatz verlangen (vgl. allerdings § 774 Abs. 1 S. 3), so daß nach dem Grundsatz der §§ 769, 426 Abs. 1173 Abs. 2, 1225 S. 2 [289] auch das Pfandrecht an der Sache des S auf ihn über geht. Die Hauptforderung ist hier zugleich Ersatzforderung im Sinne jenes Grund satzes, und zwar auch dann, wenn B noch aus besonderem Rechtsverhältnis Ersatz ansprüche gegen S hat [290].

---

288) Wie Haase ausdrücklich zum Verhältnis Bürge - Verpfänder und die h. M. zur Gesamthypothek behaupten. Siehe dazu Note 223 und oben Seite 55 f.

289) Darüber, daß dieser Grundsatz auch hier zur Anwendung kommen muß, siehe oben Seite 97.

290) Vgl. oben Seite 58 f.

b) Die Forderung des G gegen S wurde von B durch Bürgschaft, von V durch Mobiliarpfandrecht gesichert. Später veräußerte V die Pfandsache an X, dieser übertrug das Eigentum weiter auf E. Befriedigt B den G, so wird nach § 774 Abs. 1 die Hauptforderung auf ihn übergeleitet. Das Pfandrecht an der jetzt dem E gehörenden Sache geht insoweit auf B über, als er entweder von E selbst oder seinam Rechtsvorgänger X oder endlich von dem Verpfänder V Ersatz fordern kann [291].

Hatten B und V gleich zu Beginn vereinbart, einen etwaigen Schaden zu gleichen Teilen zu tragen, und zahlt nicht B, sondern V an G (etwa weil er sich dem Erwerber X gegenüber dazu verpflichtet hatte), so erlangt er einmal die Hauptforderung gegen S, § 1225 S. 1, ferner das Pfandrecht an der Sache des E, §§ 412, 401, 1250 (ob er darauf verzichten muß, richtet sich nach den Vereinbarungen mit X), und schließlich in Höhe seines Ausgleichsanspruches gegen B auch die Rechte aus der Bürgschaft. Leistet statt dessen E an G, um seine Sache einzulösen, so tritt zwar auch er nach §§ 1249 S. 2, 268 Abs. 3 in die Hauptforderung und in das Pfandrecht (vgl. aber § 1256 Abs. 1) ein, in die Rechte des Gläubigers aus der Bürgschaft aber nur, wenn ihm der Anspruch des V aus der Ausgleichsvereinbarung mit B abgetreten ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Besteht für dieselbe Forderung eine Bürgschaft und ein von einem Dritten bestelltes Mobiliarpfandrecht und muß einer der beiden Sicherer den Gläubiger befriedigen, so kann weder der zuerst Zahlende den Schaden stets auf den andern abwälzen, noch hat der Bürge gegenüber dem Pfandeigentümer immer das bessere Recht, noch besteht zwischen den beiden Sicherern eine gesetzliche Ausgleichspflicht. Vielmehr tritt der den Gläubiger befriedigende Sicherer in das vom anderen bestellte Sicherungsrecht jeweils nur insoweit ein, als er von dem anderen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz fordern kann.

---

291) Siehe im einzelnen S. 83 ff. u. 98 f. - Damit ist auch der Fall entschieden, daß der Schuldner eine Sache, die er für die durch Bürgschaft gesicherte Forderung verpfändet hatte, an einen Dritten veräußert: Wegen seines Ersatzanspruches gegen den Rechtsvorgänger des jetzigen Eigentümers tritt der Bürge bei Zahlung an den Gläubiger in das Pfandrecht in vollem Umfang ein. Leistet der Dritte oder wird das Pfand vom Gläubiger verwertet, so hat der Dritte keinen schuldrechtlichen Anspruch und damit auch keine Rückgriffsmöglichkeit gegen den Bürgen.

III. SICHERUNG EINER FORDERUNG DURCH BÜRGSCHAFT UND HYPOTHEK

1. Bei der Behandlung der Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Hypothek soll zunächst wieder von dem Fall ausgegangen werden, daß Hypothekenbesteller und gegenwärtiger Grundstückseigentümer dieselbe Person sind und daß diese dem Gläubiger nicht obligatorisch verpflichtet ist.

Auch Bürgschaft und Hypothek können zusammen kein einheitliches Sicherungsrecht des Gläubigers bilden; die Gründe dafür sind die gleichen wie beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht. Da beide Rechte aber die gleiche Forderung sichern, kann der Gläubiger sich aus ihnen insgesamt nur einmal befriedigen. Andererseits steht es ihm frei, ob er sich ganz an das eine oder ganz an das andere Sicherungsrecht oder an jedes zum Teil halten will. Den Bürgen kann er, sofern dieser nicht auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, allerdings erst in Anspruch nehmen, nachdem er einen fruchtlosen Zwangsvollstreckungsversuch gegen den Hauptschuldner unternommen hat, § 771.

Legt man die für solche Fälle typische Interessenkonstellation zugrunde, dann hat sowohl der Bürge, als auch der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks die Haftung für eine ihm materiell fremde Schuld übernommen; beiden lag der Gedanke fern, dem Hauptschuldner damit die Last der Schuld abzunehmen. Deshalb läßt das Gesetz die Hauptforderung des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen ebenso übergehen wie auf den Grundstückseigentümer, der den Gläubiger freiwillig befriedigt oder aus dessen Grundstück der Gläubiger die Schuldsumme beigetrieben hat [292], §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, und gibt ihnen so die rechtliche Möglichkeit, den ihnen entstandenen Verlust auf den Hauptschuldner abzuwälzen.

An sich müßte der in die Hauptforderung Subrogierte nun - und damit kommen wir zum gegenseitigen Verhältnis der beiden Sicherer - nach §§ 412, 401 jeweils auch das vom anderen bestellte Sicherungsrecht erwerben. Das hätte aber wie oben zu A II 1 gezeigt wurde, nicht (wie beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht) zur Folge, daß der Zahlende stets frei ausgehen würde und der andere bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners den Schaden tragen müßte [293]. Während die Bürgschaftsforderung nämlich bei einer Zahlung des Bürgen nach § 362 durch Erfüllung erlischt, erwirbt der Grundstückseigentümer durch die freiwillige Befriedigung des Gläubigers gemäß §§ 412, 401, 1153 auch die Hypothek an seinem eigenen Grundstück, die als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs. 2) bestehen bleibt. Würde der Eigentümer also die auf ihn überge-

292) Zur entsprechenden Anwendung des § 1143 im zweiten Falle siehe oben Note 12.

293) So zu Unrecht Barkhausen, S. 29 ff.

gangene Bürgschaftsforderung geltend machen, so würde der an ihn leistende Bürge in diese Hypothek eintreten und könnte mit ihrer Hilfe den Schaden alsbald auf das Grundstück zurückwälzen. Der Grundstückseigentümer könnte dies auch nicht dadurch umgehen, daß er die Eigentümerhypothek zuerst löschen ließe und dann erst den Bürgen in Anspruch nähme. Der Bürge könnte gar nicht mehr in Anspruch genommen werden: Nach § 776 wäre er frei, da der Eigentümer als neuer Gläubiger eine für die Hauptforderung bestehende Hypothek aufgegeben hätte, aus der der Bürge hätte Ersatz erlangen können.

Wer diese Ableitung aus dem Gesetz und ihr Ergebnis für befriedigend hält - sei es, daß er das Nebeneinander von Bürgschaft und Hypothek isoliert von den übrigen Fällen akzessorischer Mehrfachsicherung betrachtet, sei es, daß er mit der h. L. an das bessere Recht des Bürgen gegenüber dinglichen Sicherern glaubt -, steht dann noch vor der Frage, ob dem zahlenden Grundeigentümer, der letztlich doch die ganze Last der Schuld tragen muß, wirklich zunächst die Möglichkeit des Rückgriffs gegen den Bürgen gegeben ist, oder ob diese Möglichkeit durch die Einrede der Arglist (nach dem alten Satz: dolo facit qui petit quod redditurus est) [294] abgeschnitten ist, bzw. ob man die Bürgschaftsforderung aus prozeßökonomischen Erwägungen heraus am besten gleich mit der Zahlung des Grundeigentümers erlöschen läßt [295]. Nach der Ansicht von Lippmann und

---

294) Darüber, daß es sich hierbei um gar keine wirkliche Einrede des in Anspruch Genommenen, sondern um eine dem geltend gemachten Recht immanente Schranke handelt, die das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen hat, vgl. Enneccerus-Nipperdey § 239 III, IV 1 d; Enneccerus-Lehmann § 4 II 1; Palandt-Danckelmann 1, 2 b zu § 242.

295) Wüllenweber, S. 47 ff. (52 f.), und Tasse, S. 57 ff. (63 f.), halten die Einrede der Arglist für gegeben; dagegen OLG Posen OLGRspr. 35, 331 f. - Für das Erlöschen der Bürgschaftsforderung aus Gründen der Prozeßökonomie: Strohal, IherJ 61, 71 ff., 99 f.; Warneyer II zu § 774, II zu § 1143; Planck-Strecker 3 d zu § 1143; Palandt-Gramm 2 g zu § 774; Larenz, SchuldR Bd. II, § 58 III, S. 288; Baur § 38 IX 3 a; Cosack-Mitteis Bd. II, S. 304; OLG Königsberg SeuffA 76, 137 f. - Für den Regreß des Grundeigentümers mit anschließendem Gegenregreß des Bürgen (außer OLG Posen aaO.): Strohal, DJZ 1903, 376; Koban, S. 210; Abrahamsohn, S. 26 ff.; Sternberg, S. 560 f.; Happek, S. 73; Schneider, S. 26 ff.; Faß, S. 76 f.; Eschle, S. 40 ff.; Merländer, S. 55 ff., 61 (der dem Grundeigentümer den Rückgriff auf den Bürgen aber nur gestattet, wenn er ihm den Eintritt in sämtliche ursprünglich für die Forderung bestehenden Sicherungsrechte, z. B. auch Mobiliarpfandrechte, verschafft); RGRK-Denecke 6,

seinen Anhängern [296], die in der Entgegennahme der Einlösungszahlung eine Ve fügung des Gläubigers sehen, die gegen das Recht des Bürgen auf die Hypothek verstößt und ihn daher gemäß § 776 frei werden läßt, ist ein Zurückgreifen des Eigentümers auf den Bürgen ohnehin ausgeschlossen.

In dieses Konzept von der durchgängigen Vorzugsstellung des Bürgen paßt der Fal schlecht hinein, daß keiner der beiden Sicherer freiwillig an den Gläubiger leiste und der Gläubiger sich infolgedessen zwangsweise aus dem Grundstück befriedigt Hier geht analog § 1143 zwar die Hauptforderung auf den Grundeigentümer über, und er würde nach §§ 412, 401 auch die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen erwerben, die Hypothek an seinem eigenen Grundstück erlischt dagegen gemäß § 1181 Abs. 1. Würde der Grundeigentümer nun die Bürgschaftsforderung geltend machen, so wäre dem Bürgen der Eintritt in die Hypothek verwehrt und damit ein weiterer Rückgriff auf den Grundeigentümer unmöglich. Zum gleichen Ergebnis käme man bei freiwilliger Zahlung des Grundeigentümers, soweit die Hypothek Zinsrückstände des Schuldners sichert, denn die Zinsrückstandshypothek geht nach § 1178 unter, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. D h.M. läßt diese endgültige Abwälzung des Schadens auf den Bürgen freilich nich zu: Diejenigen ihrer Vertreter, die die Bürgschaftsforderung bei freiwilliger Zahlung des Grundeigentümers auf die Normalhypothek erlöschen lassen, nehmen b Zwangsvollstreckung in das Grundstück und bei Zahlung auf die Zinsrückstandshypothek dasselbe an; die übrigen sagen: da der Eigentümer dem Bürgen die Hypothek nicht verschaffen kann, kann er diesen auch nicht mehr in Anspruch nehme

2. Der h.L. ist darin beizupflichten, daß man sich mit der aus dem Gesetzesw laut abgeleiteten Lösung für die zuletzt genannten Fälle nicht zufriedengeben da Würde keiner der beiden Sicherer freiwillig leisten, so könnte nach dem Wortlau des Gesetzes der zwangsweise zur Befriedigung des Gläubigers Herangezogene, be Zusammentreffen der Bürgschaft mit einer Zinsrückstandshypothek könnte der zu erst Zahlende die Last der Schuld auf den anderen Sicherer überbürden. Ein der-

---

Staudinger-Kober 3, je zu § 1143; OLG Stuttgart WürttJ 29, 8 ff. (allerdin für einen Fall, in dem der Dritterwerber des vom Schuldner selbst belasteter Grundstücks an den Gläubiger gezahlt hatte). - Das Reichsgericht läßt in RGZ 85, 363 f. die Frage nach der Verteilung der Haftungslast zwischen de Bürgen und dem dritten Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ausdrücklich offen, stellt aber nur die verschiedenen Varianten der h.L. zur Wahl.

296) Lippmann, S. 183 ff.; Dorst, S. 87 (mit Sonderauslegung zu § 774 Abs. 1 S. 2; siehe dazu Note 211); Muermann, S. 37 ff. - Emilie Braun-Melchior, S. 206, leitet auch für das Verhältnis Bürge - Hypothekenbesteller di Vorzugsstellung des Bürgen allein aus der oben Seite 126 f. dargestellten Übe

artiges Resultat wurde schon für die übrigen Kombinationen verschiedenartiger Sicherungsrechte wegen seiner Willkürlichkeit und wegen seines Widerspruchs zu den Motiven für § 1132 BGB abgelehnt [297], und hier kann nichts anderes gelten.

Man darf mit der kritischen Überprüfung der aus dem Buchstaben des Gesetzes sich ergebenden rechtlichen Gestaltung aber nicht bei diesen Fällen haltmachen, sondern muß auch jenen anderen Sachverhalt einbeziehen, daß beim Nebeneinander von Bürgschaft und Normalhypothek einer der Sicherer freiwillig an den Gläubiger leistet. Bei jenem Sachverhalt würden die §§ 412, 401 und § 1177 dazu führen, daß der Grundstückseigentümer im Verhältnis zum Bürgen den Schaden stets allein tragen müßte. Schon bei Behandlung der Mehrfachsicherung durch Hypothek und Mobiliarpfandrecht wurde darauf hingewiesen, daß das Bestehenbleiben der auf den Eigentümer übergehenden Hypothek nach § 1177 allein den Zweck hat, dem Eigentümer eine einfache und rasche Neubeleihung seines Grundstücks zu der durch die Einlösungszahlung frei gewordenen Rangstelle zu ermöglichen, daß dieses Bestehenbleiben also den Eigentümer begünstigen soll. Mit diesem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck ist es unvereinbar, daß man den Grundstückseigentümer bei der internen Schadensverteilung gerade wegen des Fortbestandes der Hypothek schlechter stellt als andere Drittsicherer. Ein Blick auf die Anwendungsfälle der §§ 1178, 1181 Abs. 1 bestätigt die Richtigkeit dieses Gedankens: Wo das Interesse der nachstehenden Berechtigten, nicht durch Zinseigentümerhypotheken mit ihrem Recht immer weiter zurückgedrängt zu werden, den Vorzug vor dem Rangerhaltungsinteresse des Eigentümers verdient oder wo ein solches Rangerhaltungsinteresse nicht besteht, weil der Eigentümer es zur Realisierung der Hypothek kommen ließ, dort ordnet das Gesetz das Erlöschen der Hypothek an, obwohl die Beziehungen des Eigentümers zu anderen Drittsicherern darum doch keinerlei Besonderheiten gegenüber den Fällen des § 1177 aufweisen [298].

Da bei voller Anwendung der §§ 412, 401 auf die cessio legis zugunsten des den

---

legung ab.

297) Siehe oben Seite 90 f. und 103.

298) Der Nachweis, daß die Besserstellung des Bürgen nicht auf § 1177 gestützt werden kann, trifft natürlich auch diejenigen Vertreter der h.L., die den Doppelrückgriff nach einer freiwilligen Zahlung des Grundeigentümers durch das Erlöschen der Bürgschaftsforderung oder mit Hilfe der Arglisteinrede zu vermeiden suchen, denn auch sie gehen ja davon aus, daß der Bürge, wenn man seine Inanspruchnahme durch den Grundeigentümer zuließe, den Schaden auf das Grundstück zurückwälzen könnte.

Gläubiger befriedigenden Sicherers die Entscheidung über die Verteilung der Haftungslast zwischen Bürge und Grundstückseigentümer von den §§ 1177, 1178, 1181 Abs. 1 abhängen würde, von denen sie nach dem Gesagten nicht abhängen darf, kann diese volle Anwendung nicht richtig sein. Die §§ 412, 401 müssen vielmehr für das Verhältnis der beiden Sicherer zueinander ausgeschaltet werden. Dafür sprechen noch weitere Gründe: Für die Beantwortung der Frage, wer die Last der für beide Sicherer gleichermaßen materiell fremden Schuld zu tragen hat, kann der automatische und uneingeschränkte Eintritt des jeweils zahlenden Sicherers in das vom anderen bestellte Sicherungsrecht schon an sich kein sinnvoller Ansatzpunkt sein. Ferner haben die §§ 412, 401 in den übrigen Fällen ungleichartiger Mehrfachsicherung zu keinen brauchbaren Ergebnissen geführt [299]; vor allem sind die aus diesen Bestimmungen für die Kombinationen Hypothek - Pfandrecht, Bürgschaft - Pfandrecht und Bürgschaft - Hypothek sich ergebenden Lösungen untereinander so widerspruchsvoll [300], daß sie nicht als vom Gesetzgeber gewollt angesehen werden können. Schließlich hat das Gesetz die §§ 412, 401 für die Lastenverteilung in sämtlichen Fällen gleichartiger Mehrfachsicherung ausdrücklich ausgeschlossen, und die Tatsache, daß die verschiedenen Formen mehrfacher ungleicher Sicherung weder im Gesetz selbst, noch in den Gesetzesmaterialien erwähnt sind, läßt die Folgerung zu, daß der Ausschluß der §§ 412, 401 nur deshalb nicht auf diese Fälle ausgedehnt wurde, weil die Gesetzesverfasser sie übersehen haben.

Im Wege der teleologischen Reduktion[301] ist demnach das Ausgleichsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Grundeigentümer von der allgemeinen Regel der §§ 412, 401 auszunehmen, und zwar muß auch hier der im Gesetz (§§ 774 Abs. 2, 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2) für sämtliche Fälle gleichartiger Mehrfachsicherung ausgesprochene Satz angewendet werden, daß der den Gläubiger befriedigende Drittsicherer in die von einem anderen gestellte Sicherheit nicht nach §§ 412, 401 in vollem Umfang, sondern nur insoweit eintritt, als er von dem anderen Ersatz verlangen kann - eine Regel, die sich auch in den bereits besprochenen Fällen des Zusammentreffens mehrerer ungleicher Sicherungen bewährt hat.

---

299) Oben Seite 90 ff. und 100 ff.

300) Vgl. oben Seite 6 ff.

301) Siehe oben Seite 84 f.

302) A.A. die Vertreter der Ausgleichslehre. Auf der Grundlage der Theorie der Realobligation halten Evers, S. 35 ff., Leichsering, S. 34 ff., und Oellers, S. 74 f., den § 426 Abs. 1 für direkt anwendbar. Gegen diesen Ausgangspunkt, aber für das Bestehen eines auch hier anwendbaren allgemeinen Ausgleichssatzes: Breit, S. 293; Schulz, S. 67; Rud. Schmidt, S. 96 f.; Quedenfeld, S. 57 ff.; K. Weiß, S. 62 ff.; Vahldiek, S. 53 f.;

Die Frage, wann der Bürge vom Grundeigentümer und dieser von jenem Ersatz verlangen kann, ist nicht anders zu beantworten als die entsprechende Frage beim Nebeneinander von Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht: An der rein dinglichen Haftung des Grundeigentümers scheitert eine direkte Anwendung des § 426 Abs. 1, und ein allgemeiner Grundsatz, daß mehrere Drittsicherer einander im Zweifel zur Ausgleichung verpflichtet seien, kann allein aus den §§ 769, 426 Abs. 1 nicht hergeleitet werden, weil es sich dabei um eine Besonderheit der persönlichen Mehrfachsicherung handelt [302]. Fehlt hiernach eine gesetzliche Grundlage für einen ganz generellen Ausgleich unter den Sicherern, so kann der Zahlende vom anderen immer nur dann (ganz oder teilweise) Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend zwischen ihnen vereinbart war oder durch eine Sondervorschrift im Einzelfall angeordnet wird.

Im Hinblick auf die Verteilung der Haftungslast zwischen einem Bürgen und dem Eigentümer des zur Sicherung der Hauptforderung mit einer Hypothek belasteten Grundstücks sind also folgende Rechtssätze in das Gesetz einzufügen: "Ist eine Forderung durch eine Bürgschaft und eine Hypothek gesichert und befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht die Hypothek nur insoweit auf ihn über, als er von dem Grundstückseigentümer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen kann. Auch der dritte Eigentümer, der freiwillig an den Gläubiger zahlt oder aus dessen Grundstück der Gläubiger die Schuldsumme zwangsweise beitreibt, erwirbt die Rechte des Gläubigers aus der Bürgschaft nur in Höhe etwaiger besonderer Ersatzansprüche gegen den Bürgen [303]." Damit ist ein einheitliches Ergebnis erzielt, gleichgültig, ob es sich um das Zusammentreffen der Bürgschaft mit einer Normalhypothek oder mit einer Zinsrückstandshypothek handelt, gleichgültig auch, ob einer der Sicherer freiwillig an den Gläubiger leistet oder ob dieser sich zwangsweise befriedigt, und zwar ein Ergebnis, das nicht auf den ganz andere Fragen betreffenden § 1177, 1178, 1181 Abs. 1 und den nicht passenden §§ 412, 401 beruht, sondern der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in den vergleichbaren Fällen gleichartiger dinglicher Mehrfachsicherung entspricht und hier wie in jenen Fällen der Interessenlage am besten gerecht wird [304].

Wenn die h. L. demgegenüber in § 776 eine Vorzugsstellung des Bürgen bei der

---

Siméon-David Bd. I/1 § 76, 6; Wolff-Raiser § 140 V 1; Westermann § 103 III 5; Esser § 98, 4 II; Erman-Westermann 3 zu § 1143.

303) Im Ergebnis ebenso die Alternativlösung bei Breit, S. 292 f., und Haase, S. 47 f.; darüber, daß die Begründung des Ergebnisses bei diesen Schriftstellern nicht überzeugend ist, siehe oben Note 223 (S. 106).

304) Vgl. Seite 49 ff. und 74 ff.

Verteilung der Haftungslast verankert sieht, so kann ihr darin nicht gefolgt werde Weder gibt § 776, wie Lippmann und seine Anhänger behaupten, dem Bürgen ein unbedingtes Recht auf die übrigen für die Hauptforderung gestellten Sicherheiten, kraft dessen er frei wird, wenn der Gläubiger ohne seine Zustimmung irgendeine Verfügung über eine dieser Sicherheiten trifft; noch setzt diese Bestimmung, wie Strohal offenbar annimmt, voraus, daß der Bürge nach § 774 vollen Rückgriff gegen die dinglichen Sicherer nehmen kann. Der § 776 bestimmt vielmehr nur, daß der Bürge bei verzichtweiser Aufgabe der Hypothek durch den Gläubiger insoweit frei wird, als er nach anderen Vorschriften (genannt ist der § 774, den man im vorliegenden Zusammenhang aber nicht isoliert sehen darf, sondern mit § 1143 Abs. 1 und den §§ 769, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 122 S. 2 in Verbindung bringen muß) und unabhängig von § 776 hätte Ersatz fordern und im Einzelfall auch tatsächlich hätte Ersatz erlangen können. Zwar ist dem a gleichsberechtigten Grundeigentümer ein derartiger Schutz gegen die Freigabe d Bürgen durch den Gläubiger versagt. Daraus kann man aber keinerlei Schlüsse au das Verhältnis der Sicherer untereinander, wenn der Gläubiger keine Sicherheit aufgegeben und eine von ihnen in Anspruch genommen hat, ziehen. Daß das Argument von Emilie Braun-Melchior, der vom Gläubiger freigegebene Bürge müsse auch von internen Ausgleichsansprüchen dinglicher Drittsicherer freigestellt sein, ohne jedes Gewicht ist und außerdem nicht gegen die hier vertretene Ansicht spricht, sei nur der Vollständigkeit halber nochmals erwähnt. Schließlic kann man das bessere Recht des Bürgen auch nicht mit seiner besonderen Schutzb dürftigkeit begründen. Besonders gefährdet ist der Bürge überhaupt nur im Verhältnis zum Gläubiger, und hier genießt er auf Grund der §§ 771 ff., 776 auch besonderen Schutz. Für das Innenverhältnis des Bürgen zum Grun eigentümer aber läßt sich weder aus der Tatsache jener Gefahr, noch aus dem B stehen der speziellen, dem Hypothekenrecht fremden Schutzvorschriften etwas z gunsten des Bürgen entnehmen. Im einzelnen kann auf die eingehende Auseinan dersetzung mit der h.L. bei Behandlung der Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Mobiliarpfandrecht verwiesen werden [305].

3. Es soll jetzt gezeigt werden, welche praktischen Konsequenzen die hier ver tretene Lösung hat. Dabei sollen auch die Fälle in die Betrachtung einbezogen w den, in denen Hypothekenbesteller und Grundstückseigentümer nicht identisch sind und in denen der Schuldner selbst für die verbürgte Forderung eine Hypothe bestellt hat.

a) Das oben unter A II 1 gegebene Beispiel, daß für die Forderung des G ge gen S von 10 000 DM A sich verbürgt und dabei auf die Einrede der Vorausklage

---

305) Siehe oben Seite 119 ff. mit Nachweisen.

verzichtet, B an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt hat, ist wie folgt zu lösen: Befriedigt A den G, weil S bei Fälligkeit der Forderung zahlungsunfähig ist, so tilgt er die gegen ihn gerichtete Bürgschaftsforderung, § 362; nach § 774 Abs. 1 geht die Hauptforderung gegen S auf ihn über; die Hypothek am Grundstück des B geht im Zweifel unter, arg. § 1173 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. - Zahlt umgekehrt B an G oder betreibt G die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des B, so erwirbt B die Hauptforderung und die Hypothek an seinem eigenen Grundstück, §§ 1143 Abs. 1, 412, 401, 1153, 1177 Abs. 2; die Rechte des Gläubigers aus der Bürgschaft aber erlöschen.

Hatten A und B vereinbart, einen künftigen Schaden zu gleichen Teilen zu tragen, so kann A nach voller Befriedigung des G von B 5000 DM ersetzt verlangen, und nach dem Grundsatz der §§ 769, 426 Abs. 2, 1173 Abs. 2, 1225 S. 2 geht in dieser Höhe auch die Hypothek am Grundstück des B auf ihn über. Diese Hypothek, die weiterhin mit der (gleichfalls auf A übergegangenen) Hauptforderung gegen S verknüpft bleibt, ist nicht nur beim Übergang selbst, sondern auch danach an die Ersatzforderung gegen B angelehnt und durch sie begrenzt, so daß wir es auch hier wieder mit einer zweiseitigen Akzessorietät des auf den Ersatzberechtigten übergeleiteten Sicherungsrechts zu tun haben [306]. Zahlt also B 5000 DM an A, womit er im Zweifel auf Ausgleichsforderung und Hypothek zugleich leisten wird, so erwirbt er die Hypothek am eigenen Grundstück nach § 1163 Abs. 1 S. 2, da eine der Forderungen erloschen ist, zu denen die Hypothek akzessorisch war. Außerdem tritt er in Höhe der Ausgleichsleistung in die Hauptforderung gegen S ein, § 1143 Abs. 1.

Hatte B für die Forderung des G gegen S nicht nur eine Hypothek bestellt, sondern sich außerdem auch noch verbürgt, und bestehen zwischen A und B keine Abreden, so hat A, wenn er die ganzen 10 000 DM an G zahlt, nach §§ 769 Abs. 1, 426 Abs. 1 einen Ausgleichungsanspruch gegen B. In Höhe der Ausgleichsforderung von 5000 DM gehen die Gläubigerrechte aus der Bürgschaft des B auf A über, §§ 769, 426 Abs. 2, 774 Abs. 2. Schließlich erlangt er nach dem Grundsatz der §§ 769, 426 Abs. 2, 1173 Abs. 2, 1225 S. 2 zum gleichen Betrage die Hypothek am Grundstück des B: die §§ 769, 426 Abs. 1 sind gesetzliche Sondernormen im Sinne jenes Grundsatzes, kraft deren A von B teilweisen Ersatz verlangen kann.

Förster [307] bringt folgendes Beispiel: Für die Forderung des G von 12 000 DM bürgen B_1 und B_2 und sind weiter je ein Grundstück des E_1 und des E_2 mit einer

---

306) Nähere Begründung oben Seite 33 ff. und 55 f. A.A. Haase, S. 47 f., der auch hier eine gesetzliche Forderungsauswechslung annimmt.

307) Seite 40.

Gesamthypothek belastet. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dieser Sachverhalt rechtlich so zu würdigen: Befriedigt B_1 den G, so kann er von B_2 anteiligen Ausgleich verlangen und tritt infolgedessen auch zur Hälfte in die Bürgschaftsforderung des G gegen B_2 ein, §§ 769, 426; dagegen kann er auf E_1 und E_2 und ihre Grundstücke im Zweifel nicht zurückgreifen. Leistet andererseits E_1 an G, so muß er im Verhältnis zu den übrigen Drittsicherern den Schaden allein tragen. Förster, der eine generelle Ausgleichungspflicht zwischen mehreren Drittsicherern annimmt und nur für die Gesamthypothek eine Ausnahme anerkennt, kommt zu folgenden Ergebnissen: Zahlt B_1 an G, so haften ihm sowohl B_2 persönlich, als auch E_1 und E_2 mit ihren Grundstücken, und zwar jeder für 3000 DM. Berichtigt hingegen E_1 die Hauptverbindlichkeit, so kann er sich nur an B_1 und B_2 halten, und zwar je in Höhe von 4000 DM. Die Verteilung der Haftungslast fiele also verschieden aus, je nachdem, ob ein Bürge oder ein Grundstückseigentümer den Gläubiger befriedigt. Wäre diese Lösung folgerichtig, so könnte man Förster und anderen Vertretern der Ausgleichslehre, die mit ihrer Theorie gerade eine für jeden Fall von vornherein feststehende und von Einflußnahmen des Gläubigers und der einzelnen Sicherer freie Lastenverteilung erreichen wollen[308], entgegenhalten, daß sie ihr Ziel mindestens [309] in den Fällen verfehlen würden, in denen eine Gesamthypothek mit anderen Drittsicherungen zusammentrifft. Ich halte jedoch die Anwendung der Ausgleichslehre durch Förster nicht für konsequent. Wären mehrere Drittsicherer einander wirklich zum Ausgleich nach gleichen Teilen verpflichtet und würde nur für die Gesamthypothek eine Ausnahme von dieser Regel gelten, so müßten bei der Berechnung der von den Ausgleichspflichtigen zu erstattenden Kopfteile m.E. auch dann sämtliche Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke mitgezählt werden, wenn einer dieser Eigentümer an den Gläubiger gezahlt hat. Die Tatsache, daß der Zahlende von den übrigen Eigentümern nach § 1173 Abs. 1 keine Ausgleichung verlangen kann, müßte allein zu seinen Lasten gehen, nicht überwiegend zu Lasten der Bürgen (oder Mobiliarverpfänder), denen gegenüber jene Eigentümer ersatzpflichtig wären. An dieser Stelle bietet die (aus anderen Gründen abzulehnende) Ausgleichslehre also keinen Angriffspunkt.

b) Sind Hypothekenbesteller und Grundstückseigentümer von Anfang an (bei Bestellung der Hypothek durch den bloßen Buchbesitzer nach § 892) oder nachträglich (bei Veräußerung des belasteten Grundstücks) verschiedene Personen, so steht die mit dem Eintrittsrecht in die Gläubigerposition ausgestattete Einlösungsbefugnis der §§ 1142, 1143 Abs. 1 nicht nur dem Grundstückseigentümer, sondern entsprechend auch dem Hypothekenbesteller zu [310]; natürlich kann der Hypothe-

---

308) Außer Förster, S. 13, 24, 36, vor allem die oben in Note 160 Genannten.
309) Vgl. oben Seite 81.
310) Siehe oben Seite 62 f.

kenbesteller die Bürgschaftsforderung ebenfalls nur insoweit erwerben, als er von dem Bürgen aus besonderem Rechtsgrund Ersatz fordern kann. Andererseits geht die Hypothek auf den zahlenden Bürgen nicht nur über, wenn der gegenwärtige Grundstückseigentümer ihm zum Ersatz verpflichtet ist, sondern nach dem in § 1173 Abs. 2 zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken auch dann, wenn er gegen einen Rechtsvorgänger im Grundstückseigentum oder gegen den Hypothekenbesteller schuldrechtliche Ansprüche hat.

c) Ist der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks zugleich persönlicher Schuldner des Gläubigers, so erlangt er bei Tilgung der Schuld lediglich die Hypothek an seinem eigenen Grundstück als Eigentümergrundschuld, §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1. Die Gläubigerrechte gegen einen für die Schuld eingetretenen Bürgen gehen selbst dann nicht auf ihn über, wenn er von diesem ausnahmsweise Ersatz fordern kann; denn § 1173 Abs. 2, der nicht unterscheidet, ob der persönliche Schuldner oder ein Dritter als Eigentümer auf die Gesampthypothek zahlt, kann insoweit wegen seines Ausnahmecharakters (vgl. die §§ 1143 Abs. 1, 1225 S. 1) keine analoge Anwendung finden.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so hat er kraft der cessio legis des § 774 Abs. 1 einen von besonderen Rechtsbeziehungen unabhängigen Anspruch gegen den Schuldner auf vollen Ersatz. Deshalb geht nach dem auch hier einschlägigen Grundsatz der §§ 769, 426 Abs. 2, 1173 Abs. 2, 1225 S. 2 [311] auch die Hypothek am Grundstück des Schuldners in ganzer Höhe auf ihn über.

Beispiel zu b) und c): Der Schuldner S hat für die Forderung des Gläubigers G an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt; außerdem hat B sich für die Forderung verbürgt. Nachdem S das mit der Hypothek belastete Grundstück an E veräußert hat, gerät er in Vermögensverfall. G hält sich an B und wird von ihm in vollem Umfang befriedigt. Nach § 774 Abs. 1 geht die Forderung des G gegen S auf B über. Mit ihr kann er von S seine ganzen Aufwendungen ersetzt verlangen. Infolgedessen geht auch die Hypothek an dem jetzt dem E gehörenden Grundstück auf B über, denn seine (für die Übernahme der Bürgschaft vielleicht maßgebende) Aussicht, im Falle einer Inanspruchnahme auf das vom Schuldner als Sicherheit gestellte Grundstück zurückgreifen zu können, darf durch die Eigentumsübertragung von S auf E nicht zerstört werden.

Zusammenfassung: Bei Mehrfachsicherung durch Bürgschaft und Hypothek tritt der den Gläubiger befriedigende Drittsicherer in das vom anderen bestellte

---

311) Siehe im einzelnen oben Seite 58 f. und bezüglich der Besonderheiten beim Zusammentreffen ungleicher Sicherungen oben Seite 97.

Sicherungsrecht nicht nach den §§ 412, 401 automatisch und in vollem Umfang ein, sondern nur insoweit, als er vom anderen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen kann. Auch hier kann weder ein gesetzlicher Ausgleich, noch eine Vorzugsstellung des Bürgen anerkannt werden.

D. SCHLUSSBETRACHTUNGEN

I. GESAMTERGEBNIS

1. Die hiermit abgeschlossenen Untersuchungen haben zunächst einmal ergeben, daß beim Zusammentreffen mehrerer akzessorischer Sicherungsrechte gleich welcher Art für dieselbe Forderung ein vom persönlichen Schuldner verschiedener Sicherer, der den Gläubiger befriedigt und damit nach §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2 i.Verb. m. 268 Abs. 3 ipso iure in die Gläubigerrechte gegen den persönlichen Schuldner eintritt, nicht nach §§ 412, 401 ohne weiteres auch die übrigen Sicherheiten erwirbt, sondern daß jedes Sicherungsrecht nur insoweit auf ihn übergeht, als er von dem betreffenden Sicherer (bei dinglichen Rechten auch vom Rechtsvorgänger des jetzigen Sacheigentümers oder vom Besteller des Sicherungsrechts) Ersatz fordern kann.

Es ist keine neue Erkenntnis, daß es einen derartigen, für alle Fälle akzessorischer Mehrfachsicherung gleichermaßen geltenden Satz gibt. Schon Breit, der die Ausgleichslehre als erster vertreten hat, und Braun-Melchior, eine Anhängerin der Lehre, die dem Bürgen im Verhältnis zu dinglichen Sicherern eine Vorzugsstellung einräumen will, haben diesen Satz in etwas abgewandelter Form - sie nehmen nicht den völligen Ausschluß der §§ 412, 401 bezüglich anderer Sicherungsrechte, sondern nur eine entsprechende Einschränkung jener Bestimmungen an[312] - herausgearbeitet [313].

2. Mit dem genannten Rechtssatz ist über die Verteilung der Haftungslast zwischen den Sicherern freilich auch noch nicht entschieden, denn er wirft sofort die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der zahlende Sicherer von den anderen Ersatz verlangen kann. Die Antwort nun, die die beiden in der Rechtslehre um die Vorherrschaft ringenden Theorien auf diese Frage geben, findet - und das ist das zweite wesentliche Ergebnis der vorliegenden Arbeit - im Gesetz keine Stütze: Der wohl noch herrschenden Lehre ist gegenüber der im Vordringen begriffenen Ausgleichslehre zwar darin recht zu geben, daß der an den Gläubiger leistende Sicherer nicht in jedem Falle (die Ausgleichslehre nimmt selbst überwiegend die Gesamthypothek aus) von den übrigen Sicherern kraft Gesetzes Aus-

---

312) Dazu oben Seite 94.

313) Breit, S. 291; Braun-Melchior, S. 186. Ausdrücklich ablehnend einerseits diejenigen Vertreter der Ausgleichslehre, die den zahlenden Sicherer bei Fehlen schuldrechtlicher Ansprüche anteilig in jede der anderen Sicherheiten eintreten lassen, s. Note 128; andererseits Sternberg, S. 559 ff.

gleichung verlangen kann. Wenn die h.L. aber weiter behauptet, der Bürge könne von dinglichen Sicherern stets vollen Ersatz fordern, so kann dem nicht zugestimmt werden. Eine Gesetzesauslegung, bei der sämtliche hierfür zur Verfügung stehende Hilfsmittel herangezogen werden, führt vielmehr zu folgender Lösung: Nur beim Zusammentreffen mehrerer persönlicher Sicherungen, bei der Mitbürgschaft, besteht eine gesetzliche Ausgleichspflicht der Sicherer. In allen übrigen Fällen, also übereinstimmend bei mehrfacher dinglicher Sicherung und beim Nebeneinander persönlicher und dinglicher Sicherungsrechte, kann der den Gläubiger befriedigende Sicherer von jedem der anderen nur dann ganz oder teilweise Ersatz verlangen, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend zwischen ihnen vereinbart oder im Einzelfall durch eine gesetzliche Sondervorschrift angeordnet ist.

3. Das auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer übergeleitete Sicherungsrech bleibt abhängiges Nebenrecht der Hauptforderung. Beim Übergang auf den Ausgleichsberechtigten wird es jedoch zusätzlich an dessen Ersatzforderung angelehnt und diese Bindung und Begrenzung dauert auch nach dem Übergang fort. Das Bestehen der zweiseitigen Akzessorietät des übergegangenen Sicherungsrechts ist die dritte bedeutsame Erkenntnis, die die Arbeit zutage gefördert hat.

II. MEHRFACHSICHERUNG DURCH AKZESSORISCHE UND NICHTAKZESSORISCHE ODER DURCH MEHRERE NICHTAKZESSORISCHE SICHERUNGSRECHTE

Welche Bedeutung haben die für die akzessorische Mehrfachsicherung gefundenen Ergebnisse für die Verteilung der Haftungslast in den Fällen, in denen für dieselbe Forderung akzessorische und nichtakzessorische oder mehrere nichtakzessorische Sicherungsrechte nebeneinander bestellt sind ?

1. Wurde dem Gläubiger für eine Forderung, die schon durch Bürgschaft gesichert war, eine Sache zur Sicherung übereignet, eine Forderung zur Sicherung abgetreten, eine Sicherungsgrundschuld bestellt oder ein Sicherungswechsel ausgehändigt, und befriedigt der Bürge nun den Gläubiger, so tritt er nach § 774 Abs. 1 zwar in die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ein, nicht aber in die anderen Sicherheiten. Sicherungseigentum, die sicherungshalber übertragene Forderung, Sicherungsgrundschuld und Wechselforderung sind nämlich nicht wie Bürgschaft, Hypothek und Mobiliarpfandrecht an die Hauptforderung ange-

lehnt, sondern in Bestand und Zuständigkeit von ihr unabhängig [314]. Deshalb findet § 401, der nach fast einhelliger Meinung nur akzessorische Sicherungsrechte der abgetretenen Forderung ergreift, auf sie keine Anwendung.

Das Reichsgericht und ihm folgend die h.L.[315] glauben indessen, sich damit nicht zufriedengeben zu können. Sie betonen, daß die nichtakzessorischen Sicherungsrechte wirtschaftlich die gleiche Funktion erfüllen wie die akzessorischen Sicherheiten; deshalb müsse man dem Bürgen (und ebenso dem Verpfänder oder dem Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks an seiner Stelle) das Recht einräumen, vom Gläubiger die Abtretung der nichtakzessorischen Sicherungsrechte zu verlangen, soweit eine derartige Abtretung nicht durch Vereinbarungen des Gläubigers mit dem Sicherungsgeber im Einzelfall ausgeschlossen ist. Die h.M. stützt dieses Abtretungsrecht entweder auf eine Analogie zu § 401 oder auf eine stillschweigende Abrede zwischen den Beteiligten, indem sie sagt, es spreche eine Vermutung dafür, daß die Beteiligten ein solches Recht des Bürgen hätten begründen wollen.

Ist hinsichtlich des dem Gläubiger bestellten Sicherungseigentums die aufschiebende Bedingung, unter der der Rückübereignungsanspruch des Sicherungsgebers stand, endgültig ausgefallen, hat der Gläubiger die zur Sicherheit abgetretene Forderung eingezogen, hat er sich aus dem mit der Grundschuld belasteten Grundstück befriedigt oder eine Einlösungszahlung des Grundstückseigentümers erhalten oder hat er die Wechselforderung mit Erfolg geltend gemacht und waren die Sicherheiten von einem Dritten gestellt, so erwirbt dieser Dritte nicht ipso iure die Hauptforderung mit den akzessorischen Nebenrechten, denn eine den §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2 i. Verb. m. 268 Abs. 3 entsprechende Vorschrift gibt es hier nicht. Aber auch in diesen Fällen gewährt

---

314) Abweichend hält K. Weiß, S. 66, das Sicherungseigentum für ein akzessorisches Nebenrecht. RG JW 1937, 2972 und RGRK-Fischer 5 zu § 774 wollen die Rechte aus dem Wechsel kraft Gesetzes auf den zahlenden Bürgen übergehen lassen, übersehen dabei aber offenbar die rechtliche Selbständigkeit der Wechselforderung gegenüber der Hauptforderung. Zu Unrecht beruft sich Fischer auch auf RGZ 60, 191 und RG JW 1907, 745; nach diesen Entscheidungen ist der Übergang der Rechte aus dem Wechsel eine Folge der Aushändigung des Wechsels an den Bürgen.

315) RGZ 89, 193 (195); 91, 277 (280); RG JW 1926, 799 f.; Vahldiek, S. 56 ff.; Pfeiffer, S. 1860; Zunft, S. 1219 f.; Küchler, S. 86 ff. (92 f.); Weisbecker, S. 44; Kowalski, S. 34; Palandt-Danckelmann 1c, RGRK-Löscher 5, Soergel-Reimer Schmidt 3, Staudinger-Werner 2, alle zu § 401; Planck-Oegg 2c, RGRK-Fischer 6, je zu § 774.

die h.M. dem Drittsicherer unter Berufung auf die Gleichheit des wirtschaftlichen Zwecks bei akzessorischen und nichtakzessorischen Sicherungsrechten einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Abtretung der Hauptforderung, der nach §§ 412, 401 die akzessorischen Sicherheiten folgen müßten, und wohl auch auf Abtretung anderer nichtakzessorischer Sicherheiten [316].

Unterstellt man zunächst einmal, die h.M. sei zutreffend, so erweist es sich doch alsbald als notwendig, das Abtretungsrecht des zahlenden Sicherers einzuschränken, nämlich dort, wo es sich um die Abtretung anderer Drittsicherungen handelt. Hat z.B. für die Forderung des G gegen S A an seinem Grundstück eine Hypothek, B an dem seinigen eine Grundschuld bestellt [317] und würde man dem A bei Befriedigung des Gläubigers ein Recht auf volle Abtretung der Grundschuld, dem B im umgekehrten Falle ein Recht auf Abtretung der Hauptforderung samt der Hypothek in voller Höhe geben, so käme man zu der unsinnigen, vom Gesetzgeber für die akzessorische Mehrfachsicherung mißbilligten und auch in der vorliegenden Arbeit abgelehnten Lösung, daß der zuerst zahlende Drittsicherer jeweils die ganze Last der Schuld auf den andern abwälzen könnte. Dasselbe Resultat ergäbe sich, wenn ein Dritter eine Sache zur Sicherung übereignet, ein anderer eine Sicherungsgrundschuld bestellt hat, bei unbeschränktem Abtretungsrecht des Zahlenden.

Diese Schwierigkeit hat bisher nur Vahldiek [318] erkannt. Als Anhänger der Ausgleichslehre glaubt er, sie dadurch meistern zu können, daß er den Grundsatz des gesetzlichen Ausgleichs zu gleichen Teilen auch beim Zusammentreffen akzessorischer mit nichtakzessorischen Sicherungen zur Anwendung bringt. Danach könnte im obigen Beispiel der Hypothekenbesteller A bei Befriedigung des Gläubigers von diesem hälftige Abtretung der Grundschuld am Grundstück des B verlangen. B könnte bei Zahlung zwar volle Übertragung der Hauptforderung verlangen; die mit ihr verbundene Hypothek würde er aber nur in halber Höhe erwerben. Folgerichtig müßte auch zwischen den Bestellern von Sicherungseigentum und Sicherungsgrundschulden eine anteilige Verteilung der Haftungslast stattfinden. - Diejenigen, die dem Bürgen im Verhältnis zu den Bestellern akzessorischer dinglicher Sicherheiten das bessere Recht geben, werden dieser Lösung mindestens in den Fällen widersprechen, in denen einer der Sicherer ein Bürge ist. Sie wer

---

316) RGZ 150, 371; KG NJW 1961, 414 ff. (415); Westermann § 116 IV 2a; Baur § 45 IV 3.

317) Darüber, daß eine Forderung gleichzeitig durch Hypothek und Grundschuld gesichert werden kann, vgl. Wolff-Raiser § 148 Anm. 1 und 14 mit Nachweisen.

318) Seite 56 ff.

den sagen: Der Bürge kann bei Leistung an den Gläubiger die volle Abtretung einer für die Hauptforderung bestehenden Grundschuld und des für sie eingeräumten Sicherungseigentums, wohl auch volle Abtretung zur Sicherung übertragener sonstiger Rechte und Aushändigung etwa vorhandener Sicherungswechsel fordern. Zahlt dagegen der Besteller der nichtakzessorischen Sicherheit, so kann er zwar die Abtretung der Hauptforderung verlangen; die Gläubigerrechte aus der Bürgschaft können aber nicht mehr auf ihn übergehen, da sie mit seiner Zahlung erloschen sind.

Diese Lösungsversuche gehen - wie die Konstruktion eines Abtretungsrechts durch die h.M. überhaupt - davon aus, daß im Hinblick auf die Ausgleichsfrage die Rechtslage beim Nebeneinander akzessorischer und nichtakzessorischer Sicherungsrechte und mehrerer nichtakzessorischer Sicherungsrechte derjenigen bei akzessorischer Mehrfachsicherung angeglichen werden muß. Da sich nun für die akzessorische Mehrfachsicherung die Ausgleichslehre ebenso als unhaltbar erwiesen hat wie die Ansicht, daß dingliche Sicherer im Verhältnis zum Bürgen die Last der Schuld stets allein zu tragen haben, können auch die aus diesen Theorien für die hier behandelten Fälle abgeleiteten Ergebnisse nicht zutreffend sein. Würde man das in der vorliegenden Arbeit für die Fälle mehrfacher akzessorischer Sicherung gefundene Resultat hierher übertragen, so könnte der zahlende Sicherer die Abtretung einer anderen Sicherheit nur dann und nur insoweit verlangen, als er von dem betreffenden Sicherer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen könnte, und ein Eintritt in die mit der abgetretenen Hauptforderung verbundenen akzessorischen Nebenrechte wäre ebenfalls nur in Höhe besonderer Ersatzansprüche möglich. An eine gesetzliche Ausgleichspflicht analog §§ 769, 426 Abs. 1 wäre allenfalls beim Zusammentreffen eines Bürgen mit dem dritten Akzeptanten oder Aussteller eines Sicherungswechsels zu denken, weil es sich dabei wieder um mehrfache persönliche Sicherung handelt.

2. Aus verschiedenen Gründen wird man jedoch eine derartige rechtliche Angleichung der in Frage stehenden Fälle an die akzessorische Mehrfachsicherung überhaupt ablehnen müssen.

a) Die Begründung jeder nichtakzessorischen Sicherheit erfordert eine dingliche Verfügung des Sicherungsgebers: die Übereignung von Sachen, die Abtretung von Rechten, die Bestellung der Grundschuld, die Aushändigung des Wechsels. Durch diese dingliche Verfügung wird dem Gläubiger ein Überschuß an Rechtsmacht gegenüber dem, was der Sicherungszweck erfordert, eingeräumt. Wurde dem Gläubiger z. B. eine Sache zur Sicherung seiner Forderung übereignet, so kann er die Sache sofort weiterveräußern, obwohl die Forderung noch gar nicht

fällig ist und nicht feststeht, ob sie bei Fälligkeit eingelöst werden wird; der Erwerber erlangt auch dann unbeschränktes Eigentum, wenn er über die Beziehungen zwischen Sicherungsgeber und Gläubiger genau Bescheid weiß, denn er erwirbt die Sache ja vom Eigentümer, vom dinglich Berechtigten. Der Gläubiger pflegt die nichtakzessorische Sicherheit der entsprechenden akzessorischen vorzuziehen, weil durch den Machtüberschuß seine Befriedigung bei Zahlungsverzug des Schuldners und des Drittsicherers sehr erleichtert wird: er braucht - wenn wir beim Beispiel der Sicherungsübereignung bleiben - die übereigneten Sachen nicht zum Pfandverkauf zu bringen, wie er das bei Pfandsachen nach §§ 1228 ff. tun müßte, sondern kann sie durch Veräußerung unter der Hand zu Geld machen oder einfach behalten. Der Sicherungsgeber sucht sich gegen mißbräuchliche Verfügungen des Gläubigers durch eine schuldrechtliche Vereinbarung mit diesem, die sogen. Sicherungsabrede, zu schützen. Danach d a r f der Gläubiger die Sicherheit regelmäßig erst aus der Hand geben bzw. verwerten, wenn er bei Fälligkeit der Forderung weder vom Schuldner, noch vom Sicherungsgeber Zahlung erhält. Wird er durch einen von beiden freiwillig befriedigt, so hat er die Sicherheit auf den Sicherungsgeber zurückzuübertragen.

Mit dieser Rechtslage ist eine Pflicht des Gläubigers, auf den an ihn leistenden Sicherer von Dritten gestellte nichtakzessorische Sicherungsrechte insoweit zu übertragen, als der Leistende von den Dritten Ersatz fordern kann, unvereinbar. Grundsätzlich ist der freiwillig befriedigte Gläubiger auf Grund der Sicherungsabrede ja nur berechtigt (und zugleich verpflichtet), eine nichtakzessorische Sicherheit auf den Besteller zurückzuübertragen. Ob man nun in einer Ausgleichsvereinbarung zwischen mehreren Sicherern deren Zustimmung dazu sehen kann, daß der Gläubiger nach Zahlung durch einen von ihnen auf diesen die Sicherheiten der Ersatzpflichtigen in Höhe der Ersatzansprüche überträgt, erscheint mir höchst zweifelhaft: in der Erklärung, Ersatz leisten zu wollen, liegt ja nicht zugleich die Erklärung, den Ersatzanspruch des andern durch ein dem Gläubiger der Hauptforderung bestelltes Sicherungsrecht verstärken zu wollen. Außerdem ist der Gläubiger gar nicht Partner der Ausgleichsvereinbarung; er hat sich bezüglich jeder Sicherheit allein an die Abrede mit dem betreffenden Sicherer zu halten. Aber selbst wenn die Ausgleichsverpflichtung jene Zustimmung enthielte, würde man durch die Annahme eines durch seine Ersatzansprüche begrenzten Abtretungsrechts des zahlenden Sicherers der Interessenlage nicht gerecht. Der Gläubiger müßte jeweils sorgfältig nachprüfen, ob und in welcher Höhe Ersatzansprüche des Zahlenden tatsächlich bestünden, denn bei einer nicht durch sie gedeckten Abtretung würde er sich dem angeblich Ersatzpflichtigen gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Der Gläubiger wäre hier also in einer viel ungünstigeren Lage als bei mehrfacher akzessorischer Sicherung: dort braucht er ja nur auf Regreßansprüche des Bürgen Rücksicht zu nehmen und auch das nur bei verzichtweiser Auf

gabe von Sicherheiten. Durch die Bestellung nichtakzessorischer Sicherungsrechte sollte die Stellung des Gläubigers gegenüber jenen Fällen aber doch gerade verbessert, nicht verschlechtert werden. Trägt man dem Rechnung, so kann man dem den Gläubiger befriedigenden Sicherer auch dann keinen Anspruch auf Übertragung außerdem noch vorhandener nichtakzessorischer Drittsicherungen zubilligen, wenn deren Besteller ihm aus besonderem Rechtsgrund zum Ersatz verpflichtet sind.

b) Die Abtretung der Hauptforderung an den zahlenden Besteller eines nichtakzessorischen Sicherungsrechts, die den Übergang der akzessorischen Nebenrechte in Höhe besonderer Ersatzansprüche im Gefolge haben soll, stößt auf Schwierigkeiten besonderer Art. Nichtakzessorische Sicherungsrechte sind zwar nicht an die Hauptforderung angelehnt, aber durch die Sicherungsabrede doch mit ihr zu einer Zweckgemeinschaft verbunden: auch sie sind lediglich dazu bestellt, die Befriedigung des Gläubigers wegen der Hauptforderung zu sichern und zu erleichtern. Erhält also der Gläubiger aus einer solchen Sicherheit oder durch Einlösungszahlung ihres Bestellers Befriedigung, so wird damit zugleich auch die vom Hauptschuldner geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt, so daß die Hauptforderung nach § 362 erlischt. Eine gesetzliche Vorschrift nach Art der §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2 i.Verb. m. 268 Abs. 3, die den Untergang der Forderung verhindern würde, gibt es hier nicht[319]. Mit der Hauptforderung erlöschen auch die für sie bestehenden Bürgschaften und Mobiliarpfandrechte. Ob die für sie bestellten Hypotheken nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 zu Eigentümergrundschulden werden oder analog § 1173 Abs. 1 un-

---

319) Vgl. oben Seite 27. Wie hier Palandt-Hoche 2 b, bb zu § 1191 für den Fall, daß der Gläubiger aus dem mit der Sicherungsgrundschuld belasteten Grundstück oder durch eine Einlösungszahlung des Grundstückseigentümers befriedigt wird, und Baumbach-Hefermehl Einl. 31 z. WechselG für den Fall, daß der Wechsel eingelöst wird. - A.A. die h.M. (s.Note 316), die offenbar gar nicht sieht, daß sie zuerst einmal das Fortbestehen der Forderung begründen müßte, bevor sie auf das Abtretungsrecht des zahlenden Sicherers eingehen kann. -Küchler, S.49 ff., 51, wendet auf das Innenverhältnis des persönlichen Schuldners zum dritten Eigentümer des mit der Sicherungsgrundschuld belasteten Grundstücks den § 426 Abs. 2 an und kommt so, wenn der intern nicht zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtete Eigentümer an den Gläubiger zahlt, nicht nur zur Erhaltung der Forderung, sondern sogar zu ihrem automatischen Übergang auf den Eigentümer. Eigentümer und persönlicher Schuldner können jedoch schon deshalb nicht Gesamtschuldner sein, weil sie nicht auf gleicher Stufe stehen, wie mehrere Drittsi-

tergehen, soll zunächst offen gelassen werden[320]; jedenfalls bleiben auch sie nicht in der Hand des Gläubigers. Ist die Hauptforderung erloschen und stehen auch die sie sichernden akzessorischen Nebenrechte nicht mehr dem Gläubiger zu, so kann dieser sie auch nicht an den zahlenden Sicherer abtreten; ein hierauf gerichteter Anspruch würde ins Leere gehen.

c) Schließlich kann ein Abtretungsrecht des zahlenden Sicherers schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Argumente, auf die die h.M. dieses Recht stützt, nicht tragfähig sind.

Der Versuch, durch Analogie zu § 401 ein Recht des den Gläubiger befriedigenden Sicherers auf Übertragung anderer für die Forderung bestehender Sicherungsrechte zu gewinnen, muß aus mehreren Gründen fehlschlagen. § 401 bestimmt, daß abhängige Nebenrecht kraft Gesetzes mit der Hauptforderung auf den Zessionar übergehen. Könnte diese Bestimmung auf nichtakzessorische Sicherheiten der abgetretenen Forderung analog angewendet werden, so müßten auch diese Rechte der Forderung stets automatisch folgen. Daß man so weit nicht gehen darf, wird sogleich gezeigt werden und wird auch von der h.M. selbst zugegeben. Damit scheidet aber eine entsprechende Anwendung des § 401 überhaupt aus, denn eine gesetzliche Abtretungspflicht des Gläubigers wäre gegenüber der cessio legis nicht ein rechtliches Minus, sondern ein rechtliches Aliud und kann deshalb aus jener Vorschrift nicht hergeleitet werden [321]. Dieselbe Überlegung würde übrigens auch dagegen sprechen, ein Recht des zahlenden Bestellers einer nichtakzessorischen Sicherheit auf Abtretung der Hauptforderung samt den akzessorischen Sicherungsrechten - sofern ein solches möglich wäre - auf eine Analogie zu den §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 S. 1, 1249 S. 2 i.Verb.m. 268 Abs. 3 zu gründen. - Außerdem wäre Gleichheit der Interessenlage Voraussetzung für eine Analogie. Auch daran fehlt es hier: Während ein akzessorisches Sicherungsrecht stets durch die Hauptforderung und nach dem Übergang auf einen ausgleichsberechtigten Sicherer zusätzlich noch durch dessen Ersatzanspruch begrenzt ist, kann der Gläubiger einer nichtakzessorischen Sicherheit infolge des ihm eingeräumten Überschusses an Rechtsmacht jederzeit Verfügungen über den Sicherungsgegenstand treffen, die dem Sicherungsgeber schweren Schaden bringen können; vor allem hat er die Möglichkeit, die Sicherungsvereinbarung durch treuwidrige Abtretung der Sicherheit an einen Dritten zu überspielen. Die Sicherung durch ein nichtakzessorisches Recht ist also nur auf der Grundlage eines besonderen Vertrauensverhältnisses

---

cherer derselben Forderung, sondern auf verschiedenen Stufen; vgl. dazu die in Note 222 als Gegner von Sternberg Genannten.

320) Siehe unter d), S. 154 f.

321) Übereinstimmend Herzfeld, S. 454; Krasney, S. 12.

zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer denkbar. Daß auch der zahlende Drittsicherer in dieser Weise das Vertrauen des Sicherungsgebers genießt, kann nicht ein- für allemal angenommen werden (auch nicht für die Fälle, in denen der Hauptschuldner selbst das nichtakzessorische Sicherungsrecht bestellt hat). Deshalb darf man den Dritten nicht kraft Gesetzes in die Position des Sicherungsnehmers einrücken lassen und ihm auch nicht das Recht zusprechen, dieses Einrücken im Wege rechtsgeschäftlicher Abtretung notfalls gegen den Willen von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer zu erzwingen [322]. - Schließlich kann man schon die Zielsetzung der h.M., die unter Berufung auf die Gleichheit des wirtschaftlichen Zwecks die Rückgriffsmöglichkeiten des Bestellers einer nichtakzessorischen Sicherheit an die des Bestellers einer akzessorischen Sicherheit anpassen und sämtlichen Drittsicherern den Rückgriff auf nichtakzessorische Sicherheiten gleichermaßen wie auf akzessorische Sicherheiten zugestehen will, nicht gutheißen. Unsere Rechtsordnung hat für denselben wirtschaftlichen Zweck, die Sicherung von Forderungen, mehrere Rechtsinstitute zur Verfügung gestellt[323], die verschieden ausgestaltet sind. Wählen die an einem Kreditgeschäft Beteiligten eines dieser Rechtsinstitute um der Vorteile willen, die es einem von ihnen bringt, so müssen sie auch die für einen andern damit verbundenen Nachteile mit in Kauf nehmen. Wünscht z.B. ein zur Bestellung eines Grundpfandrechts bereiter Dritter, daß er bei Befriedigung des Gläubigers die Hauptforderung und die vom Hauptschuldner gegebenen akzessorischen Sicherheiten ipso iure erwirbt, so hat er darauf zu achten, daß das Grundpfandrecht in Form einer Hypothek, nicht als Grundschuld begründet wird. War er aber mit der Bestellung einer Grundschuld einverstanden, dann kann er bei einer Zahlung an den Gläubiger nicht verlangen, so gestellt zu werden, als ob sein Grundstück mit einer Hypothek belastet wäre. Wer sich im Vertrauen darauf verbürgt, daß bei einer notwendig werdenden Zahlung sein Rückgriff gegen den Hauptschuldner durch die von diesem zur Sicherheit gegebenen Wertgegenstände gedeckt ist, der muß durchsetzen, daß diese Gegenstände dem Gläubiger verpfändet, nicht zur Sicherung übereignet werden, oder er muß eine Vereinbarung zwischen a l l e n Beteiligten herbeiführen, daß die dem Gläubiger zur Sicherheit übereigneten Gegenstände auch seinen Rückgriff sichern sollen. Tut er keines von beiden, so geschieht ihm kein Unrecht, wenn er nach einer Leistung an den Gläubiger leer ausgeht, weil etwa andere Gläubiger des Hauptschuldners dessen Anspruch auf Rückübereignung des Sicherungsgutes bereits gepfändet haben [324].

---

322) So auch Quedenfeld, S.4; Herzfeld, S.454; Dempewolf, S.980; Enneccerus-Lehmann § 79 III 1 b; Oertmann 2, Erman-Westermann 2, je zu § 401. A.A. Zunft, S.1219 f.

323) Vgl. aber oben Seite 3.

324) Siehe dazu Krasney, S. 12; Dempewolf, S.980.

Auch der Wille der Beteiligten kann nicht als Basis für ein generelles Abtretungsrecht dienen. Natürlich gibt es Fälle, in denen alle Beteiligten darüber einig sind, daß der Gläubiger berechtigt und verpflichtet sein soll, bei Zahlung eines Drittsicherers bestimmte nichtakzessorische Sicherheiten, mögen diese nun von einem anderen Dritten oder vom Hauptschuldner bestellt sein, ganz oder teilweise auf den Zahlenden zu übertragen. Ob aber eine derartige Willensübereinstimmung vorhanden ist, muß in jedem einzelnen Fall besonders geprüft werden. Eine Vermutung, daß stets sämtliche Beteiligten mit der Abtretung einverstanden sind, kann nicht aufgestellt werden [325].

Damit ist nachgewiesen, daß der den Gläubiger befriedigende Sicherer nicht gegen den Willen des Gläubigers oder des Sicherungsgebers die Übertragung anderer nichtakzessorischer Sicherungsrechte verlangen kann und daß der Besteller einer nichtakzessorischen Sicherheit niemals die Abtretung der Hauptforderung mit den akzessorischen Sicherungsrechten fordern kann. Im ersten Falle wird man die Ablehnung der Übertragung durch den Gläubiger oder den Sicherungsgeber allerdings dann als unbeachtlich ansehen müssen, wenn sie mit früheren Vereinbarungen im Widerspruch steht.

d) Bei einer Fallgestaltung scheint eine nichtakzessorische Sicherheit allerdings doch kraft Gesetzes auf den zahlenden Besteller einer anderen nichtakzessorischen Sicherheit überzugehen: bei der Gesamtgrundschuld. In der Literatur wird nämlich allgemein die Auffassung vertreten, der ganze § 1173, also auch sein Abs. 2, sei gemäß § 1192 auf die Gesamtgrundschuld entsprechend anwendbar[326]. Diese Auffassung ist indessen nicht unbedenklich. Schon in der 2. Kommission herrschte Streit darüber, ob die dem § 1173 Abs. 2 entsprechende Norm auf die Grundschuld Anwendung finden könne: der Streit wurde damals nicht entschieden [327]. Darin, daß in den Alternativentwurf der Redaktionskommission, in dem die Vorschriften über die Grundschuld denen über die Hypothek vorangestellt wurden [328], eine Bestimmung aufgenommen wurde, wonach bei der Gesamtgrundschuld der den Gläubiger befriedigende Eigentümer in Höhe etwaiger Ersatzansprüche gegen einen anderen Eigentümer die Grundschuld auch an dessen Grundstück erwerben sollte, wird man keine endgültige Stellungnahme zu dieser Streitfrage sehen können. Aber selbst wenn man das könnte, müßte man sich m.E. über diese irrige Stellungnahme hinwegsetzen: Es ist klar, daß § 1173 Abs. 2 bei der

---

325) Vgl. Krasney, S. 12.

326) Vgl. statt aller Westermann § 118 II 2; Staudinger-Kober 11, Palandt-Hoche 1, je zu § 1192.

327) Vgl. die Protokolle bei Mugdan III, S. 901.

328) Abgedruckt bei Staudinger-Kober 1 zu § 1192; siehe dort § 1142 t.

Gesamtgrundschuld nicht wie bei der Gesamthypothek eine dauernde Akzessorietät des übergehenden Gesamtgrundpfandrechts zu der Ersatzforderung begründen könnte. Doch auch die Abhängigkeit der Grundschuld von jener Forderung und ihre Begrenzung durch sie im Augenblick des Übergangs ist mit dem Charakter der Grundschuld als eines nichtakzessorischen Rechts wohl nicht vereinbar. Ist z.B. die Forderung des G gegen S durch eine Gesamtgrundschuld an je einem Grundstück von A und B gesichert und befriedigt A den G, so geht auf ihn nach §§ 1192 Abs. 1, 1173 Abs. 1 nur die Grundschuld an seinem eigenen Grundstück als Eigentümergrundschuld über; am Grundstück des B erlischt die Grundschuld, und zwar selbst dann, wenn A von B auf Grund einer Ausgleichsvereinbarung hälftigen Ersatz seiner Aufwendungen fordern kann.

Der Rechtsgedanke des § 1173 Abs. 1, daß die Sicherheit des einen Sicherers erlischt, wenn der Gläubiger aus dem Vermögen des anderen befriedigt wird, muß auch beim Zusammentreffen der Sicherungsgrundschuld mit einer akzessorischen Sicherheit herangezogen werden. Besteht also für eine Forderung eine Bürgschaft und eine Grundschuld am Grundstück eines Dritten und zahlt der Bürge die volle Schuldsumme an den Gläubiger, so geht die Grundschuld unter; ebenso erlöschen die Rechte aus der Bürgschaft (oder die statt ihrer bestehende Hypothek), wenn der Grundstückseigentümer eine Einlösungszahlung bewirkt. Dagegen kann dieser Gedanke beim Sicherungseigentum, bei den zur Sicherung abgetretenen Rechten und beim Sicherungswechsel schon aus der Natur der Sache heraus keine Anwendung finden. Hat z.B. A die Forderung des G gegen S durch ein akzessorisches Recht oder eine Grundschuld gesichert und hat B zu ihrer Sicherung Maschinen übereignet, so bleibt G (sofern nicht die Übereignung durch die Tilgung der Schuld auflösend bedingt war) auch nach seiner Befriedigung durch A Eigentümer der Maschinen; auf Grund der Sicherungsabrede ist er freilich verpflichtet, sie an B zurückzuübereignen. Erlangt B hiernach das Sicherungsgut zurück, obwohl nicht er, sondern A den Gläubiger befriedigt hat, so wird man auf der anderen Seite den A bei einer Leistung des B an G hier nicht durch entsprechende Anwendung des § 1173 Abs. 1 von vornherein schlechter stellen dürfen. Hatte A sich allerdings verbürgt oder ein Mobiliarpfandrecht bestellt, dann bringt ihm diese Überlegung keinen Nutzen, denn durch die Zahlung des B erlischt ja auch die Hauptforderung und mit ihr die Bürgschaft und das Pfandrecht, §§ 767, 1252. Eine Hypothek geht dagegen bei Nichtbeachtung des § 1173 Abs. 1 gemäß §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 als Eigentümergrundschuld auf A über, eine Sicherungsgrundschuld bleibt in der Hand des G bestehen und muß von diesem auf A zurückübertragen werden.

III. FOLGERUNGEN FÜR ÄHNLICH GELAGERTE KONKURRENZFÄLLE

Die bei der Mehrfachsicherung durch Hypothek und Mobiliarpfandrecht und durch Hypothek und Bürgschaft gewonnene Erkenntnis, daß dem dritten Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks nicht schon deshalb die ganze Last der Schuld auferlegt werden darf, weil die bei Befriedigung des Gläubigers gemäß §§ 1143 Abs. 1, 412, 401, 1153 auf ihn übergehende Hypothek am eigenen Grundstück nach § 1177 bestehen bleibt [329], kann auch im Verhältnis des Grundstückseigentümers zu dem im Innenverhältnis ebenfalls nicht zur Tragung des Verlusts verpflichteten persönlichen Schuldner bedeutsam werden.

Nehmen wir an, S habe von G ein Darlehen erhalten und dem G dafür an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt. Später habe S sein Grundstück an D veräußert, und dieser habe die Hypothek unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen; G habe jedoch seine Zustimmung zur privativen Übernahme der persönlichen Schuld durch D verweigert. D habe dann das Grundstück an E weiterübereignet und sich dabei verpflichtet, für die Löschung der Hypothek zu sorgen. Bald darauf sei D zahlungsunfähig geworden.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes würde sich für die Verteilung der Schuldlast zwischen S und E folgende Lösung ergeben: Zahlt S an G, so tilgt er die Darlehensforderung. Da S vom Rechtsvorgänger D des E Ersatz für seine Zahlung fordern kann (§ 415 Abs. 3), geht nach § 1164 zur Sicherung dieses Ersatzanspruches die Hypothek am Grundstück des E auf ihn über. Er kann also die Hypothek geltend machen und damit den Schaden auf E abwälzen. Dieser erwirbt nach § 1143 Abs. 1 nur den wertlosen Ersatzanspruch gegen D und bei freiwilliger Zahlung die Hypothek an seinem eigenen Grundstück; eine Rückgriffsmöglichkeit gegen S hat er nicht mehr. - Befriedigt umgekehrt E den G, so erlangt er nach § 1143 Abs. 1 die Darlehensforderung des G gegen S und mit ihr die Hypothek an seinem eigenen Grundstück als Eigentümerhypothek, §§ 412, 401, 1153, 1177. E kann jetzt den S aus der Darlehensforderung in Anspruch nehmen. Begleicht dieser jedoch die Forderung, so tritt er nach § 1164 wiederum in die Hypothek am Grundstück des E ein und kann mit ihrer Hilfe den Verlust - endgültig - auf E zurückwälzen. - In jedem Falle hätte also E im Verhältnis zu S die ganze Last der Schuld zu tragen.

Diese Lösung kann, wie bereits angedeutet, nicht akzeptiert werden, weil der Gesetzgeber den Eigentümer durch das Bestehenbleiben der Hypothek nur begünstigen, nicht eine Wertentscheidung dahin fällen wollte, daß den Eigentümer die Haftungslast stets vor anderen Verpflichteten treffen solle. - Das Reichsgericht

---

329) Siehe oben Seite 92 f. und 137.

kam in seiner Entscheidung RGZ 143, 278 ff. gar nicht erst in Versuchung, nach einer Zahlung des Eigentümers den Weg zweimaligen Regresses zu gehen oder dem Eigentümer abkürzend schon die Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners als dolos zu untersagen, denn in jener Entscheidung ging es vor allem um die Bezahlung rückständiger Zinsen. Da nun die Zinsrückstandshypothek beim Übergang auf den Eigentümer nach § 1178 erlischt, hätte der persönliche Schuldner bei Befriedigung des in die Hauptforderung subrogierten Eigentümers die Hypothek nicht mehr erwerben können und deshalb den Schaden selbst tragen müssen.

Das Resultat, zu dem man bei Ausschaltung des § 1177 oder bei Anwendung des § 1178 für die Frage der Lastentragung gelangen würde, ist gleichfalls völlig unbefriedigend: Der zuerst Zahlende könnte gegen den anderen jeweils vollen Rückgriff nehmen und dadurch endgültig das bessere Ende für sich gewinnen. Die Folge davon wäre ein Wettlauf zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner zum Gläubiger hin. Daß ein derartiger Wettlauf mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs unvereinbar wäre, steht außer Zweifel und ist auch vom Reichsgericht in der genannten Entscheidung[330] betont worden.

Es liegt nahe, entsprechend den Fällen akzessorischer Mehrfachsicherung im Zweifel demjenigen die Schuldlast aufzuerlegen, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, ihm also keine Rückgriffsmöglichkeit gegen den andern zu geben (ein gesetzlicher Ausgleich nach Art der §§ 769, 426 Abs. 1 ist von vornherein ausgeschlossen). Diese Analogie ist jedoch nur zulässig, wenn sich im Gesetz wirklich kein Anhaltspunkt dafür findet, daß der Verlust in jedem Falle den persönlichen Schuldner allein oder den Eigentümer allein treffen soll. Das Reichsgericht [331] sieht einen solchen Anhaltspunkt in jenem Passus des § 1164, wonach die Hypothek auf den zahlenden persönlichen Schuldner nicht nur übergeht, wenn der jetzige Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ihm ersatzpflichtig ist, sondern auch dann, wenn der Schuldner von einem Rechtsvorgänger des jetzigen Eigentümers Ersatz fordern kann. Das Reichsgericht argumentiert, auf unseren Beispielsfall übertragen, wie folgt: Wäre D noch Eigentümer des Grundstücks, so hätte er auf Grund der Erfüllungsübernahme im Verhältnis zu S stets den Schaden tragen müssen, gleichgültig, ob er oder S den Gläubiger befriedigt hätte. Der § 1164 sorgt nun aber durch die Wendung "... oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers ..." dafür, daß die Rechtsposition des S durch die Veräußerung des Grundstücks nicht verschlechtert wird; nach dieser Vorschrift hat S auch dem Erwerber E gegenüber stets das bessere Recht. - Diesem Gedankengang wird man folgen dürfen, zumal der gleichlautenden Wendung in

---

330) Seite 290 f.

331) AaO. S. 287 ff.

§ 1173 Abs. 2 nach den früheren Ausführungen [332] ebenfalls die Bedeutung zukommt, den ausgleichsberechtigten Eigentümer dagegen zu schützen, daß seine Rechtsstellung durch eine Veräußerung des Grundstücks des Ersatzpflichtigen beeinträchtigt wird.

IV. RECHTSPOLITISCHER AUSBLICK

Im Interesse der Rechtssicherheit würde ich es für wünschenswert halten, daß der Gesetzgeber die Ausgleichsfrage für das Mobiliargesamtpfandrecht und für das Zusammentreffen ungleicher akzessorischer Sicherungen durch eindeutige Vorschriften regelt. Ich glaube aber, daß in der Sache eine Änderung des in der vorliegenden Arbeit dargestellten Rechtszustandes weder notwendig ist, noch vorteilhaft wäre: das BGB gibt m.E. die bestmögliche Lösung der hier behandelten Probleme. Ich würde diese Lösung auch derjenigen des revidierten schweizerischen Rechts vorziehen, denn vor allem in den Fällen, in denen die mehreren Drittsicherer nichts voneinander wissen, halte ich es für gerechter, den vom Gläubiger in Anspruch Genommenen den Schaden tragen zu lassen, als ihn stets dem Besteller der älteren Sicherheit aufzuerlegen.

---

332) Oben Seite 44 f.

Lebenslauf

Als einziges Kind des Polizeioberkommissars Adolf Hartmaier und seiner Ehefrau Alice, geb. von Olnhausen wurde ich am 21. Oktober 1935 in Stuttgart geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach vierjährigem Volksschulbesuch und neun Jahren Oberschule legte ich im Frühjahr 1955 am Gymnasium Riedlingen/Württ. die Reifeprüfung im mathematisch-naturwissenschaftlichen Zug ab. Ich entschloß mich zum Rechtsstudium und studierte zunächst zwei Semester in Tübingen, wo ich im Frühjahr 1956 auch die Ergänzungsprüfung "Großes Latinum" bestand. Nach einjährigem Studienaufenthalt in Hamburg kehrte ich nach Tübingen zurück. Dort beendete ich mein Studium nach weiteren vier Semestern mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung am 16. Juni 1959. Seit 16. Juli 1959 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Daneben war ich von April 1960 bis Juni 1961 als wissenschaftliche Hilfskraft bei Herrn Prof. Dr. Raiser in Tübingen tätig.

Seit Frühjahr 1955 wohne ich in Tübingen. Am 12. August 1961 habe ich mich mit Heidi, geb. Siegling verheiratet.

Hans Erich Hartmaier